

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**MARCOS GOLEMBIEWSKI**

**A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
CONSTITUCIONAIS DO CONE SUL: Estudo comparado sobre a clemência  
para crimes contra a humanidade**

**São Leopoldo**

**2021**

**MARCOS GOLEMBIEWSKI**

**A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS  
CONSTITUCIONAIS DO CONE SUL: Estudo comparado sobre a clemência  
para crimes contra a humanidade**

Tese apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de Doutor em  
Direito, pelo Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade do Vale do Rio  
dos Sinos - UNISINOS

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Jânia Maria Lopes Saldanha

São Leopoldo

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Taís Amorim, CRB 10/2547

G625 Golembiewski, Marcos

A justiça de transição na jurisprudência dos tribunais constitucionais do cone sul: estudo comparado sobre a clemência para crimes contra a humanidade / Marcos Golembiewski. - São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2021.  
250 p.

Tese (doutorado) - Universidade do Vale do rio dos Sinos.  
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.  
Orientação: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha.

1. Direito. 2. Jurisprudência comparada. 3. Estado de Exceção. 4. Justiça de Transição. 5. Crimes contra a humanidade. 6. Violação de direitos humanos. I. Jânia Saldanha. II. Título.

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO CONE SUL: Estudo comparado sobre a clemência para crimes contra a humanidade**”, elaborada pelo doutorando **Marcos Golembiewski**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 25 de outubro de 2021.

  
Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha Participação por Webconferência

Membro: Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo Participação por Webconferência

Membro: Dr. Ademar Pozzatti Junior Participação por Webconferência

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira Participação por Webconferência

Membro: Dr. Miguel Tedesco Wedy Participação por Webconferência

## **AGRADECIMENTOS**

Dedico este trabalho a todos aqueles que lutaram e foram perseguidos pelas ditaduras civis-militares latino-americanas.

Agradeço a minha família pelo apoio, Cláudia, minha esposa e aos meus filhos Giovana, Lucas, Samuel e Manuela.

Agradeço aos professores do PPGD, especialmente a minha orientadora, Professora Dra. Jânia Saldanha.

*Não existem coisas como a culpa coletiva ou a inocência coletiva. A culpa e a inocência só fazem sentido se aplicadas aos indivíduos.*

Hannah Arendt

## RESUMO

Os regimes autoritários dos países do Cone Sul experimentaram, no século passado, ditaduras civis-militares que institucionalizaram aparato estatal repressivo, tendo os agentes, com o uso desta estrutura organizada, de forma sistemática, perpetrado graves violações de direitos humanos, as quais caracterizam perante o Direito Internacional, crimes contra a humanidade. As ditaduras, portanto, agiram nos marcos do que se denomina terrorismo de Estado, tendo inclusive criado sistema de informações que permitiu a atuação conjunta para a perseguição dos opositores políticos, a chamada “Operação Condor”. Neste contexto, o que chama atenção é a diferença da persecução penal dos agentes que cometeram crimes, entre os países do Cone Sul: Argentina, Brasil, Chile e Uruguai. Na Argentina, no Chile e no Uruguai, centenas de agentes da repressão foram condenados, inclusive os Chefes supremos do regime, como os Generais Videla e Pinochet e o presidente civil no Uruguai, Bordaberry. Nestes países, as leis de anistia foram revogadas ou declaradas nulas, ao passo que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, declarou válida a lei de anistia, no célebre julgamento da ADPF nº 153. O Brasil, portanto, é o único país que não condenou nenhum destes criminosos que cometeram: torturas, sequestros, estupros, desaparecimentos forçados e assassinatos. O objetivo deste trabalho, consiste em investigar as causas que permitiram ao sistema de justiça brasileiro, cancelar a impunidade dos agentes da repressão que cometeram tais atrocidades. Para alcançar esse objetivo foi necessário percorrer a jurisprudência das cortes constitucionais destes países e dos Tribunais internacionais, buscando através de estudo comparado, verificar os fundamentos jurídicos que permitiram a condenação dos agentes da repressão, que cometeram crimes contra a humanidade, nos sistemas de justiça da Argentina, Chile e Uruguai. Nestes países os obstáculos que ainda impedem a punição no Brasil foram afastados, com a aplicação do direito internacional dos direitos humanos. O trabalho examina as causas da impunidade dos agentes da repressão no caso brasileiro, confrontando os precedentes do sistema de justiça no Brasil, com a jurisprudência dos Tribunais constitucionais dos demais países do Cone Sul e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na segunda parte da tese, as jurisprudências destes Tribunais serão comparadas, no intuito de identificar as razões para a aplicação do direito de modo diverso no Brasil, tendo em vista que nos demais países houve dezenas de

condenações. O estudo comparado e a análise das decisões judiciais no Brasil, busca contribuir para a concretização da justiça de transição no país, mediante a continuidade das investigações, o ajuizamento de ações criminais e a punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da repressão da ditadura civil-militar brasileira.

**Palavras-chave:** Estado de Exceção. Justiça de Transição. Crimes contra a humanidade. Violação de direitos humanos. Jurisprudência comparada.



## **ABSTRACT**

Authoritarian regimes in the countries of the Southern Cone experienced, in the last century, civil-military dictatorships that institutionalized a repressive state apparatus, and the agents, with the use of this organized structure, in a systematic way, perpetrated serious violations of human rights, which they characterize in the face of International Law, crimes against humanity. The dictatorships, therefore, acted within the framework of what is called State terrorism, having even created an information system that allowed joint action to persecute political opponents, the so-called "Operation Condor". In this context, what draws attention is the difference in the criminal prosecution of agents who have committed crimes, between the countries of the Southern Cone: Argentina, Brazil, Chile and Uruguay. In Argentina, Chile and Uruguay, hundreds of agents of the representation were condemned, including the supreme heads of the regime, such as Generals Videla and Pinochet and the civilian president in Uruguay, Bordaberry. In these countries the amnesty laws were repealed or declared null, while in Brazil, the Supreme Federal Court, declared our amnesty law valid, in the famous judgment of ADPF No. 153. Brazil, therefore, is the only country that has not condemned any of these criminals that they have committed: torture, kidnapping, rape, enforced disappearances and murders. The objective of this work is to investigate the causes that allowed the Brazilian justice system to endorse the impunity of the agents of repression that committed such atrocities. To achieve this objective, it was necessary to go through the jurisprudence of the constitutional courts of these countries and of international courts, seeking through a comparative study, to verify the legal foundations that allowed the condemnation of the agents of repression, who committed crimes against humanity, in the justice systems. from Argentina, Chile and Uruguay. In these countries the obstacles that still prevent punishment in Brazil have been removed, with the application of international human rights law. The work examines the causes of the impunity of the agents of repression in the Brazilian case, confronting the precedents of the justice system in Brazil, with the jurisprudence of the Constitutional Courts of the other countries of the Southern Cone and of the Inter-American Court of Human Rights. In the second part of the thesis, the jurisprudence of these Courts will be compared, in order to identify the reasons for applying the law differently in Brazil, considering that in other countries there were dozens of convictions. The

comparative study and analysis of judicial decisions in Brazil, seeks to contribute to the realization of transitional justice in the country, through the continuity of investigations, the filing of criminal actions and the punishment of those responsible for serious human rights violations perpetrated by agents of the repression of the Brazilian civil-military dictatorship.

**Keywords:** State of Exception. Transitional Justice. Crimes against humanity. Violation of human rights. Comparative jurisprudence.

## LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Leis de Anistia .....	67
Quadro 2 – Relação das condenações na Argentina .....	113

## LISTA DE SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AI	Ato Institucional
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
CA	Comissão de Anistia (do Ministério da Justiça/Brasil)
CELS	Centro de Estudios Legales y Sociales
CEMDP	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFMDP	Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CJP	Comissão de Justiça e Paz
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNV	Comissão Nacional da Verdade (Brasil)
CONADEP	<i>Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas</i> (Argentina)
CIDH	Comissao Interamericana de Direitos Humanos
CrIDH	Corte Interamerica de Direitos Humanos
DEOPS	Departamento Estadual de Ordem Política e Social
DOI	Destacamento de Operações de Informações
CODI	Centro de Operações de Defesa Interna
DOPS	Departamento de Ordem Política e Social
LSN	Lei de Segurança Nacional
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MFPA	Movimento Feminino pela Anistia
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONG	Organização Não Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
PcdoB	Partido Comunista do Brasil
PDS	Partido Democrático Social
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
SNI	Serviço Nacional de Informações

STF	Supremo Tribunal Federal
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRC	<i>Truth and Reconciliation Commission</i> (África do Sul)
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM HANNAH ARENDT E GIORGIO AGAMBEN</b> .....	<b>24</b>
<b>2.1 Dos regimes autoritários à Justiça de Transição</b> .....	<b>24</b>
2.1.1 A exceção em Hannah Arendt e a experiência totalitária na Europa .....	26
2.1.2 A exceção em Agamben .....	37
<b>2.2 A ditadura civil-militar brasileira</b> .....	<b>49</b>
2.2.1 Elementos do estado de exceção na ditadura civil-militar .....	49
<b>2.3 Transições de regimes autoritários para democracias na Europa e na América Latina</b> .....	<b>61</b>
2.3.1 Na Europa .....	61
2.3.2 Na América Latina .....	63
2.3.3 Na Argentina .....	67
2.3.4 No Brasil .....	70
2.3.5 No Chile .....	76
2.3.6 No Uruguai .....	78
<b>3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO CONE E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>82</b>
<b>3.1 A emergência do conceito de Justiça de Transição e de crimes contra a humanidade</b> .....	<b>82</b>
3.1.1 Conceito Justiça de Transição .....	82
3.1.2 Crimes contra a humanidade .....	87
3.1.3 A jurisprudência do sistema interamericano .....	94
<b>3.2 Estudo comparado da jurisprudência dos tribunais constitucionais do Cone Sul e a impunidade no Brasil</b> .....	<b>106</b>
3.2.1 A persecução penal no Argentina .....	107
3.2.2 A persecução penal no Brasil .....	123
3.2.3 A persecução penal no Chile .....	151
3.2.4 A persecução penal no Uruguai .....	158

<b>3.3 Estudo comparado entre a jurisprudência dos países do Cone Sul .....</b>	<b>167</b>
<b>3.4 Justiça de transição e a impunidade no Brasil.....</b>	<b>207</b>
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>226</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>237</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da pesquisa é a persecução penal dos agentes da repressão das ditaduras civis-militares dos países do Cone Sul – Argentina, Brasil, Chile e Uruguai - referente às graves violações de direitos humanos perpetradas na vigência destes Estados de Exceção. A perspectiva do trabalho consiste em comparar a jurisprudência das cortes superiores destes países e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no intuito de investigar as causas da impunidade no caso brasileiro.

O problema da pesquisa consiste em investigar por que razão o Brasil, está numa posição isolada no Cone Sul, quanto à persecução criminal dos agentes da repressão. Nos demais países que experimentaram regimes de exceção no mesmo período histórico e com as mesmas características, ocorreram investigações e punições dos agentes públicos. A questão é por que as violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários foram punidas na Argentina, no Chile e no Uruguai e no Brasil não?

A hipótese da pesquisa é que a impunidade no Brasil decorre do uso de argumentos de natureza político-ideológica para validação da lei de anistia, como no caso do julgamento da ADPF 153, em que predomina este tipo de argumento em detrimento da juridicidade da matéria, especialmente quanto à aplicação das normas de direito internacional dos direitos humanos.

A narrativa adotada no julgamento da ADPF nº 153, corresponde a versão difundida pelo regime militar, no sentido que a anistia recíproca resultou de acordo entre o governo, a oposição e a sociedade civil, visando à reconciliação nacional. A tese é que estes argumentos, além de contrariarem os argumentos de natureza jurídica, não correspondem a verdade histórica.

A hipótese, portanto, é que a jurisprudência brasileira referente ao tema da persecução criminal dos agentes da repressão, por um lado, contraria as normas de direito internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por outro, revela um alinhamento aos argumentos do regime militar e das elites conservadoras que apoiaram e deram sustentação a ditadura civil-militar. Em suma, a tese é que a posição isolada do Brasil, no tema da punição das violações de direitos humanos, no contexto dos países do Cone Sul, decorre da adoção pelo



Poder Judiciário brasileiro de argumentos de natureza ideológica e de narrativas históricas alinhadas ao ideário conservador.

Para responder ao problema e a hipótese propostas, serão abordados os seguintes pontos:

- a) a teoria da exceção no pensamento de Arendt e Agamben;
- b) a experiência totalitária na Europa e autoritária na América Latina, objetivando verificar as violações de direitos humanos e o surgimento do conceito de crime contra a humanidade;
- c) a emergência da justiça de transição nas transições políticas para a democracia na Europa e na América Latina;
- d) estudo comparado das transições políticas de regimes autoritários para democracias nos países do Cone Sul, no aspecto da punição dos agentes que cometeram crimes contra a humanidade;
- e) identificar as similitudes e diferenças das transições, particularmente quanto ao pilar da justiça, tendo em vista que a punição aos agentes que cometeram crimes contra a humanidade constitui exigência do regime democrático e do direito convencional firmado pelos países.

A impunidade no Brasil torna inconclusa a justiça de transição, pois um dos pilares das transições para regimes democráticos é justamente a investigação e punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade. Como Teitel<sup>1</sup>, demonstra o conceito moderno de justiça transicional tem como marco o pós-Segunda Guerra Mundial. O pilar da justiça delimita o presente estudo e é o tema que orienta a pesquisa.

A justiça de transição nasce com o apelo pela punição e pela justiça diante das atrocidades cometidas pelo regime nazista. O horror do genocídio, do extermínio em massa, exigiu da comunidade internacional a criação de um Tribunal

---

<sup>1</sup> Ruti Teitel em artigo que trata da genealogia da justiça de transição propõe estrutura de acordo com ciclos críticos que podem ser separados em três fases: “a justiça transicional começa a ser entendida como extraordinária e internacional no período do pós-guerra de 1945. A Guerra Fria termina com o internacionalismo desta primeira fase, ou fase do pós-guerra, da justiça transicional. A segunda fase, ou fase do pós-Guerra Fria, associa-se com as ondas das transições para a democracia e modernização iniciadas em 1989. Até o final do século XX, a política mundial se caracterizou por uma aceleração na resolução de conflitos e um persistente discurso por justiça no mundo do direito e na sociedade. A terceira fase, da justiça transicional estável (steady-state), está associada com as condições contemporâneas de conflito permanente, as quais fundam as bases para normalizar um direito de violência. (TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.135-170).

Internacional para o julgamento dos carrascos nazistas. É por isso, que na primeira fase da genealogia proposta por Teitel<sup>2</sup>, o aspecto central das transições foi a justiça, ou seja, a investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos.

Entretanto, para o estudo das transições no elemento da justiça, é necessário que se examine como se deram as violações. Em que contexto e qual regime de Estado permitiu a violência sistemática contra a população civil? O regime que permite a prática sistemática e organizada da violência é o Estado de Exceção.

Exceção e violência são interdependentes. O totalitarismo do nazismo alemão e as ditaduras latino-americanas em larga medida foram regimes de exceção. Desta forma, para se investigar a natureza das transições e o pilar da justiça é imprescindível que se examine os regimes que permitiram e praticaram a violência como forma de manutenção no poder.

Essa contextualização histórica preliminar e a teoria da exceção são indispensáveis para o estudo posterior da justiça, nas transições de regimes autoritários para democracias. É por isso que o trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, será examinada a teoria de Hannah Arendt sobre a exceção, no clássico *Origens do Totalitarismo*. Além da teoria de Arendt, o pensamento de Agamben sobre o tema, exposto no também clássico *Estado de Exceção*, será abordado.

Esses marcos teóricos da primeira parte do trabalho são importantes e fundamentais para a análise e estudo comparado das jurisprudências dos países do Cone Sul e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa primeira parte, portanto, de conteúdo marcadamente teórico intitula-se: *A teoria do Estado de Exceção em Hannah Arendt e Agamben*.

O surgimento do regime de exceção na Alemanha que permitiu a prática das atrocidades do regime nazista, deu-se num contexto de grave crise econômica, fato que demonstra que em momentos como esses a democracia pode ser atacada por líderes messiânicos que propagam a enganosa esperança de que os procedimentos democráticos são incapazes de enfrentar esses momentos. No período entre guerras, a Europa convivia com altíssimos níveis de desemprego, fome e miséria.

---

<sup>2</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.135-170.

Na Alemanha nesse quadro agudo de crise econômica, mesmo na República de Weimar, o mecanismo previsto na Constituição democrática para a decretação da exceção em momentos de emergência era instaurado com frequência. Segundo Arendt, neste contexto social e político o sistema de classes ruiu e com ele o sistema representativo da democracia. A autora aponta que neste cenário as massas não se sentem representadas, chegando-se neste momento na Alemanha ao fim das ilusões democráticas: “O sucesso dos movimentos totalitários entre as massas significam o fim de duas ilusões dos países democráticos em geral e, em particular, dos Estados-nação europeus e do seu sistema partidário”.<sup>3</sup> Na democracia, menciona Arendt, os cidadãos somente são representados quando pertencem a alguma organização da sociedade, como partidos políticos e sindicatos. Em momentos de crise desse modelo de representação, as massas são suscetíveis de aderirem ao movimento totalitário diante da promessa de pertencimento e “pela exigência de lealdade total, irrestrita, incondicional e inalterável de cada membro individual”.<sup>4</sup>

No entanto, a relação da exceção e do movimento totalitário com o tema da pesquisa consiste na interdependência entre violência e Estado de Exceção. No caso do nazifascismo a violência e o terror eram indispensáveis para a manutenção no poder, atingindo a população indistintamente, pois “o terror ditatorial difere do terror totalitário por ameaçar apenas adversários autênticos, mas não cidadãos inofensivos e carentes de opiniões políticas.”<sup>5</sup> A violência constitui um mecanismo intrínseco ao funcionamento do regime totalitário, a qual: “é realizável por um movimento totalitário constantemente acionado”.<sup>6</sup>

O tema da exceção no que tange aos regimes autoritários latino-americanos, será abordado com base na teoria do estado de exceção de Giorgio Agamben. A definição jurídica do estado excepcional é fundamental para a compreensão do tema da justiça transicional, na medida em que violações sistemáticas de direitos humanos e crimes contra a humanidade ocorreram em estados de exceção.

A exceção numa definição concisa pode ser enunciada como a suspensão do direito. Os elementos que caracterizam o estado de exceção, segundo Agamben, são os seguintes: suspensão das garantias individuais, concentração de poderes na

---

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.438.

<sup>4</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.454.

<sup>5</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.452.

<sup>6</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.456.

figura do chefe do Poder Executivo e aniquilamento da distinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

Uma característica fundamental do Estado de Exceção é a concentração de poder na figura do Chefe do Poder Executivo. E essa faceta autoritária do exercício do poder exterioriza-se na prerrogativa de editar decretos com força de lei.<sup>7</sup> Esse mecanismo permite o exercício do poder pelo líder autoritário, sem a participação de outros poderes. Por isso que é comum em Estados de exceção o fechamento do Congresso, como de fato ocorreram nos regimes autoritários brasileiros, no Estado novo de Getúlio Vargas e na ditadura civil-militar que vigorou no período de 1964 a 1985.

Agamben, cita o caso histórico do governo alemão na Segunda Guerra Mundial, período em que:

O governo obteve a faculdade de tomar, por meio de decreto, todas as medidas necessárias para garantir a defesa da nação. O Parlamento permaneceu reunido (salvo quando foi suspenso por um mês para privar da imunidade os parlamentares comunistas) mas toda a atividade legislativa continuava permanentemente nas mãos do executivo.<sup>8</sup>

A concentração de poderes num único poder estatal na exceção tem como consequência o enfraquecimento e até mesmo a abolição dos demais poderes, como ressaltado por Agamben:

Uma das características essenciais do estado de exceção - a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário - mostra, aqui, sua tendência a transformar-se em prática duradoura de O governo.<sup>9</sup>

A característica que interessa em especial a pesquisa é a suspensão das garantias individuais, pois é esta suspensão que permite o arbítrio e abre o caminho para a violência sistemática. A suspensão das garantias individuais, segundo Agamben: “com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção”.<sup>10</sup>

O regime autoritário brasileiro configurou um estado de exceção típico, caracterizado pela presença dos requisitos apontados por Agamben: concentração

---

<sup>7</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.17.

<sup>8</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.27.

<sup>9</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.19.

<sup>10</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.17.

de poderes, outorga do poder de legislar ao poder executivo e interferência nos demais poderes.

A exceção, contudo, caracteriza um quadro de paradoxos, pois pretende dar forma legal a um estado de anomia e fora da ordem jurídica. O caso brasileiro implantou esse estado de exceção legalizado, produzindo uma legalidade autoritária dissimulada em pretensas formas democráticas e tribunais militares com membros civis para julgarem opositores, com base numa legislação arbitrária e extremamente aberta e subjetiva, como a Lei de segurança nacional.

A exceção, como menciona Agamben, remonta ao direito romano. O instituto jurídico, contudo, notadamente a partir da Revolução Francesa, passa a ser entendido como a suspensão do direito e concentração de poder, inclusive o de editar leis, em situações de guerras externas, comuns na época e, por isso, ligadas à ideia de emergência. A exceção era para salvaguardar a sobrevivência do próprio Estado. Posteriormente, as possibilidades da decretação da exceção alagaram-se para outras situações, como crises econômicas, situações de tumulto interno e guerras civis.

Na sequência da primeira parte, será abordada a ditadura-civil militar brasileira, suas características e natureza, relacionando-a com a teoria da exceção de Agamben. Por fim, serão abordados nesta parte inicial do trabalho, os processos de transições de regimes autoritários para democracias na Europa e na América Latina.

Os processos transicionais na América Latina, quanto ao tema da pesquisa foram similares, no sentido de que os militares que perpetraram violações de direitos humanos, em todos os países do Cone Sul, buscaram assegurar que não seriam punidos pelo novo regime democraticamente instalado.

No campo da transição dos regimes autoritários para democracias, existem significativos estudos comparados envolvendo os países do Cone Sul. Como exemplo destas pesquisas relativas ao estudo das mudanças de regimes no aspecto político e social das transições para a democracia pode-se citar o livro de Juan J. Linz e Alfred Stepan, "A Transição e Consolidação da Democracia: A experiência do sul da Europa e da América do Sul."

Todavia, não existem estudos de direito comparado na perspectiva da análise jurisprudência das cortes superiores destes países, com o objetivo de explicar a ausência de punições no caso do Brasil, especialmente levando em conta o tempo

de jurisprudência a ser examinado na pesquisa, a partir das transições até a atualidade.

Na segunda parte da pesquisa, intitulada: “Justiça de Transição e a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais do Cone Sul e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, será abordado o tema chave da tese, qual seja: as causas da impunidade dos agentes da repressão da ditadura civil-militar brasileira. Para tanto, inicialmente será tratado o conceito de Justiça de Transição e o contexto histórico em que surgiu. Como salienta Torelly<sup>11</sup>, a Justiça de Transição surge no contexto da superação do nazismo e de seu legado de atrocidades. Contudo, gradualmente, o modelo de transição do nazismo para um modelo democrático vai com o tempo ser adotado também para a superação de outros regimes autoritários

A Justiça de Transição nasce com o objetivo de punir os criminosos do regime nazista. E para cumprir esse objetivo a nova ordem internacional instituiu o Tribunal Internacional de Nuremberg para julgamento dos acusados, inaugurando o conceito de justiça de transição moderno no plano internacional.

O Estatuto do Tribunal de Nuremberg define penalmente a figura do crime contra a humanidade, conceito fundamental para o presente estudo, tendo em vista que tipificação das graves violações de direitos humanos, perpetradas pelos agentes da repressão das ditaduras latino-americanas, como crimes contra a humanidade são essenciais para a responsabilização criminal. O artigo 6º, do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, definiu como crimes contra a humanidade atos desumanos contra a população civil, por motivos políticos, raciais ou religiosos.

A impunidade dos agentes da repressão trata de um tema importante e ainda carente de abordagens na literatura jurídica, quando se compara com os demais países do Cone Sul e jurisprudência da CIDH. No que tange à jurisprudência da Corte Interamericana, o Brasil segue sem dar cumprimento às decisões internacionais relativas à nulidade de leis de anistia e a obrigação de investigar e punir as graves violações de direitos humanos perpetradas pelas ditaduras latino-americanas.

No Brasil, a lei de anistia foi validada pelo STF, no julgamento da ADPF 153, tendo-se declarado a recepção da lei nº 6683/79 pela nova ordem constitucional instaurada pela Carta de 1988. Essa decisão, conforme refere Torelly, sacrifica a

---

<sup>11</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.48.

justiça em nome de uma pretensa paz social, a qual poderia ser justificada no período entre o fim do regime autoritário e começo do novo regime, quando:

A expressão mais clássica dessa equação ganha forma nas leis de anistia, que sacrificam a justiça desde um dado ponto de vista jurídico (aquele presente no ordenamento que tipifica o delito) na busca por garantir o estabelecimento ou manutenção de um nível administrável de paz social em dado momento concreto.<sup>12</sup>

Na segunda parte do trabalho, será feita análise empírica, mediante exame dos precedentes jurisprudenciais sobre a persecução penal dos agentes da repressão dos países do Cone Sul, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e dos Tribunais Constitucionais nacionais.

Deste modo, serão examinados os julgamentos das Cortes Constitucionais do Cone Sul que levaram a condenação de centenas de agentes da repressão daqueles países. O estudo comparado da jurisprudência da CIDH e das Cortes Supremas, busca identificar, os argumentos usados pelos Tribunais da Argentina, Chile e Uruguai, identificando as razões que levaram a condenação dos agentes da repressão naqueles países e a impunidade no caso brasileiro. Por fim, será examinado a situação atual das investigações e persecução penal dos agentes da repressão, bem como as perspectivas para a concretização da Justiça de Transição no Brasil, especialmente após as sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, referentes aos julgamentos dos casos Gomes Lund e Vladimir Herzog.

O tema proposto tem relação com a linha de pesquisa número 2, do Programa de Pós-Graduação em Direito, na medida em que numa perspectiva transdisciplinar que envolve Direito, História e Ciência Política, aborda tema ligado aos direitos humanos e a concretização do processo de transição indispensável a democracia brasileira. Do ponto de vista social, o trabalho possui importância no sentido de compreender o processo de transição brasileiro, bem como apontar caminhos para a sua concretização.

A importância social da pesquisa decorre do necessário processo de concretização da justiça de transição no Brasil, o qual é fundamental para a consolidação da democracia e do Estado de Direito. Com relação aos pilares da

---

<sup>12</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.52.

justiça de transição, o eixo da justiça e o da reforma das instituições não avançaram no país. Na questão da justiça, o Brasil não condenou nenhum agente da repressão. Quanto à reforma das instituições, também não houve avanço, notadamente nas forças de segurança pública, cujas práticas permanecem inalteradas. A letalidade policial vem aumentando, atingindo principalmente jovens negros da periferia, vítimas de execuções.

Quanto à originalidade do estudo, em pesquisa realizada no Banco de Teses da Capes, não foi localizado nenhum trabalho com a perspectiva desta tese. Foram utilizados para a busca, diversos filtros: “justiça de transição”, “justiça de transição Brasil e Argentina”, “justiça de transição e persecução penal”. Não há no banco de teses da Capes trabalho com essa perspectiva, denotando a originalidade da pesquisa.

As demais teses de doutorado encontradas relacionadas com o tema, sem exceção, não propõem como objeto de estudo identificar as causas da impunidade no Brasil, relativamente as violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar, comparando-se com as jurisprudências da Argentina, Chile e Uruguai. Da mesma forma, não foram encontradas teses com a hipótese deste trabalho, no sentido de que a impunidade no Brasil decorre do uso de argumentos de natureza político-ideológico, desprezando-se as normas de direito internacional, as decisões da CrIDH e, conseqüentemente, o direito em sua integridade.

A seguir citamos alguns dos trabalhos encontrados no Banco de Teses<sup>13</sup>, os quais apresentam outras linhas de investigação:

CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos. **Da ditadura civil-militar à justiça de transição no nordeste brasileiro**: fundamentos, ciclos históricos, lutas e memórias. 2015. 234 f. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza - UNIFOR, Fortaleza, 2015.

CHINCARIOL, Rafael Luiz Feliciano da Costa. **Justiça de transição e reconhecimento**: análise do caso brasileiro. 2013. 118 f. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade De São Paulo - USP, São Paulo, 2013.

LEMOS, Tayara Talita. **Memória, perdão e promessa**: justiça de transição e constitucionalismos transicionais. 2017. 265 f. Tese. (Doutorado em Direito) - Universidade Federal De Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2017.

---

<sup>13</sup> CAPES. **Catálogo de teses e dissertações**. 2019. Disponível em: <<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>>. Acesso em: 21 nov. 2019.



SOUZA, Cleuber Castro de. **Judiciário e autoritarismo**: ação política da Suprema Corte de Justiça do Brasil e da Argentina no julgamento de crimes políticos. 2015. 232 f. Tese (Doutorado em estudos comparados sobre as Américas) - Universidade de Brasília - UNB, Brasília, 2015.

VASCONCELOS, Daniela Mateus de. **A exceção da justiça**: Razões do atraso e dos impasses da Justiça de Transição no Brasil Belo Horizonte. 2015. 264 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade Federal De Minas Gerais - UFMG, Belo Horizonte, 2015.

A importância do ponto de vista social da pesquisa é evidente em propostas de investigação desta natureza, pois a consolidação do regime democrático é importante para o desenvolvimento e para a proteção dos direitos humanos e dos valores democráticos, como a igualdade perante a lei e a proibição de discriminação. O estudo do processo de transição de estados de exceção para estados de direito possui nítida relevância social, pois envolve análise de processos complexos de mudanças, nas instituições e nas relações entre os indivíduos e o Estado. O aparato teórico da justiça transicional é fundamental para a travessia social e política em direção aos valores democráticos do Estado de Direito.

## 2 A TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM HANNAH ARENDT E GIORGIO AGAMBEN

Nesta primeira parte do trabalho, no no capítulo 2, será abordada a teoria da exceção em Arendt e Agamben. Na sequência, no capítulo 2.2, a ditadura civil-militar brasileira será analisada sob o prisma do referencial teórico dos autores estudados, buscando-se apresentar os elementos do regime autoritário brasileiro que caracterizam o período como Estado de Exceção.

No capítulo 2.3, serão abordados os processos de transição dos regimes autoritários para democracias, na Europa e na América Latina, pois tais processos são indispensáveis para a compreensão do conceito de justiça de transição.

Esta parte inicial do trabalho tem cunho marcadamente teórico e histórico, essencial para se demonstrar na segunda parte, o problema e a hipótese da tese.

### 2.1 Dos regimes autoritários à Justiça de Transição

O século XX produziu ondas<sup>14</sup> de transições de regimes autoritários para democracias. Estes regimes de força, constituíram estados de exceção, marcados pelo uso da violência para a manutenção do poder. Há, portanto, uma relação de interdependência entre exceção e violações de direitos humanos.

---

<sup>14</sup> Samuel Huntington, classifica essas transições em três ondas: a primeira onda de democratização de 1828 a 1926 e onda reversa de 1922 a 1942; a segunda de 1943 a 1962 e reversa de 1958 a 1975 e a terceira onda que começa em 1974 ao presente e os países da terceira onda são os seguintes: Haiti, Sudão, Suriname, Bulgária, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mongólia, Namíbia, Nicarágua, Panamá, Papua Nova Guiné, Romênia, Senegal, Nigéria, Bolívia, Brasil, Equador, Índia, Coreia do Sul, Paquistão, Peru, Filipinas, Turquia, Botswana, Costa Rica, Gambia, Israel, Jamaica, Malásia, Malta, Sri Lanka, Trinidad e Tobago, Venezuela, Alemanha Oriental, Polônia, Portugal, Espanha, Argentina, Checoslováquia, Grécia, Hungria, Uruguai, Chile, Áustria, Bélgica, Colômbia, Dinamarca, França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Holanda, Noruega, Austrália, Canadá, Finlândia, Nova Zelândia, Suécia, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos da América. (HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda: a democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática, 1994. p.23).

Marcelo Torelly cita em seu livro a definição de Huntington para onda de democratização como: "Um grupo de transições de regimes não democráticos que ocorre num período de tempo específico e que supera significativamente o número de transições em sentido oposto. A onda geralmente também envolve liberalização ou a democratização parcial de sistemas políticos que não se tornam plenamente democráticos. Cada onda afeta um número relativamente pequeno de países, e durante uma onda algumas transições ocorrem em sentido não democrático. Ainda, nem todas as transições para a democracia ocorrem durante uma onda. A História é confusa e mudanças políticas não se enquadram em quadrantes históricos herméticos, a História, além disso, não é unidirecional." (TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.73).

A violência nestes Estados ditatoriais foi organizada e institucionalizada pelo aparato estatal, provocando durante o século XX, atrocidades, genocídios e graves violações aos direitos humanos. O exemplo mais grave é o nazismo alemão. O absurdo da violência nazista, simbolizada pelos campos de concentração, exigiu da comunidade internacional uma resposta. Essa resposta, exteriorizada no Tribunal de Nuremberg, demarcou como aponta Teitel<sup>15</sup>, o início do conceito de justiça de transição moderna. Nos contextos de mudança de um regime violento para um regime democrático, os especialistas do campo da justiça transicional desdobraram as transições em quatro pilares: justiça, direito à verdade e à memória, reparação e reforma das instituições.<sup>16</sup>

Os processos de transição para democracias que se sucederam em ondas a partir da Segunda Guerra Mundial contemplaram ações no âmbito dos quatro objetivos da justiça transicional, em maior ou menor escala, dependendo das condições políticas e sociais de cada Estado. No campo da justiça de transição, a justiça<sup>17</sup> significa a responsabilização penal dos agentes do estado que cometeram crimes contra a humanidade e graves violações de direitos humanos.

---

<sup>15</sup> Ruti Teitel em artigo que trata da genealogia da justiça de transição propõe estrutura de acordo com ciclos críticos que podem ser separados em três fases: “a justiça transicional começa a ser entendida como extraordinária e internacional no período do pós-guerra de 1945. A Guerra Fria termina com o internacionalismo desta primeira fase, ou fase do pós-guerra, da justiça transicional. A segunda fase, ou fase do pós-Guerra Fria, associa-se com as ondas das transições para a democracia e modernização iniciadas em 1989. Até o final do século XX, a política mundial se caracterizou por uma aceleração na resolução de conflitos e um persistente discurso por justiça no mundo do direito e na sociedade. A terceira fase, da justiça transicional estável (steady-state), está associada com as condições contemporâneas de conflito permanente, as quais fundam as bases para normalizar um direito de violência”. (TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.136).  
Importa referir que medidas de justiça de transição não são novas, sendo que os primeiros registros podem ser encontrados na antiguidade, conforme salienta Paige Arthur: “As medidas que agora associamos à justiça de transição certamente não são novas. No livro *Stay the Hand of Vengeance*, Gary Bass conta a história dos tribunais de crimes de guerra que remontam a pelo menos 200 anos. Em *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Jon Elster escreveu sobre os julgamentos e expurgos que ocorreram mais de dois mil anos atrás, durante revoltas políticas na antiga Atenas.” (ARTHUR, Paige. Como as “transições” reconfiguram os direitos humanos: Uma história conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.p. 67).

<sup>16</sup> Além da citada Ruti Teitel, pode-se destacar como especialistas no campo da Justiça de Transição, autores como: Arthur Paige, Naomi Roht-Arriaza, Jon Elster, No Brasil, pode-se citar, Renan Honório Quinhalha, Jose Carlos Moreira da Silva Filho, Marcelo Torelly e Emílio Peluso Neder Meyer.

<sup>17</sup> Alguns autores como Dimitri Dimoulis e Lauro Joppert Swensson Junior, não são favoráveis a responsabilização dos agentes da repressão no caso brasileiro e estão de acordo com a constitucionalidade da Lei de Anistia declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Joppert escreveu: “Para que punir? Diante de todo o esforço da dogmática penal moderna em sustentar que o fim da pena não deva ser simplesmente a retribuição do mal para expiação da culpa (teoria da retribuição),

A responsabilização e punição dos autores dos crimes cometidos na vigência dos estados de exceção é imprescindível para a concretização da transição. Sem justiça não se consuma a transição para um verdadeiro Estado de direito, pois valores democráticos, como a igualdade e isonomia restam violados. O pilar do direito à verdade e à memória não é suficiente para a transição rumo a democracias, pois as “As comissões da verdade não devem substituir a justiça nem ser acordos convenientes entre a responsabilidade e a impunidade.”<sup>18</sup>

E a convicção da necessidade da realização da justiça, do julgamento e da punição daqueles que assassinaram, torturaram e estupraram é que orienta e delimita o presente estudo. Para isso, é preciso compreender-se as relações entre exceção e violência, a começar pelo pensamento de Hannah Arendt que será examinado na sequência.

### 2.1.1 A exceção em Hannah Arendt e a experiência totalitária na Europa

O historiador argentino Federico Finchelstein<sup>19</sup>, refere que o fascismo surgiu no norte da Itália em 1919. O fascismo para este autor é uma resposta contrarrevolucionária, uma reação para as revoluções progressistas. É um

---

mas a prevenção da prática de novo delitos pelo condenado (prevenção especial negativa), a sua ressocialização (prevenção especial positiva) e/ou o efeito instrutivo à sociedade de garantia de punição a todo aquele que atenta contra o direito (prevenção geral), como sustentar a necessidade de punição penal a pessoas de idade avançada, que hoje vivem socialmente integrados e que já não representam nenhum perigo.” (DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Orgs. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p 50). Dimitri Dimoulis, expõe outro argumento como se vê neste excerto: “Nessa perspectiva, quem lamenta a impunidade faz uma inversão retórica da situação real. Sente-se inconformado e apresenta a demanda de responsabilização como queixa de impunidade. Talvez esse protesto seja política e/ou moralmente correto. Mas reivindica construir juridicamente crimes no lugar de atos lícitos muitas vezes encorajados pelo Estado. Estamos diante de construções sociais que atribuem *ex post facto* significado de ilicitude-reprovabilidade a certas condutas. Isso é uma decisão política e como tal deveria ser assumida, sem hipostasiações”. (DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Orgs. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.111).

<sup>18</sup> ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.p. 67.

<sup>19</sup> Finchelstein observa que a palavra “fascismo”: “deriva da palavra italiana *fascio* e refere-se a um grupo político (como o grupo político liderado por Giuseppe Garibaldi durante o período da unificação italiana). O fascismo também se refere visual e historicamente a um símbolo de autoridade imperial romana. Seu berço como movimento político moderno foi o Norte da Itália, o ano de seu nascimento foi 1919 e o seu fundador Benito Mussolini.” (FINSCHTELSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.53).

contragolpe ao iluminismo, ao liberalismo dos séculos XVIII e XIX e à Revolução Socialista de 1917 na Rússia. Nas suas palavras:

O fascismo foi concebido como uma reação as revoluções progressistas do longo século XIX (desde a Revolução Francesa de 1789 e as revoluções norte-americana e latino-americanas de 1776 e da segunda década do século XIX, respectivamente, à Comuna de Paris de 1871 e à Guerra da Independência de Cuba, que começou em 1895). O fascismo foi um ataque contrarrevolucionário à igualdade política econômica, à tolerância e a liberdade.<sup>20</sup>

O outro fator essencial que permitiu a ascensão do fascismo ao poder na Itália e na Alemanha foi o contexto econômico, social e político do período entreguerras na Europa. Era um cenário de caos econômico, com índices alarmantes de inflação e desemprego. O fato é que em momentos de graves crises políticas e econômicas, a instabilidade gera desconfiança nos procedimentos democráticos e abre espaço para o surgimento de líderes messiânicos autoritários.<sup>21</sup>

A situação de crise econômica, portanto, foi decisiva para o êxito do movimento totalitário fascista. Nos anos de 1920, a inflação e o desemprego se espalharam pelo continente europeu e atingiram índices catastróficos:

A inflação destruiu toda a classe de pequenos proprietários a ponto de não lhes deixar esperança de recuperação, o que nenhuma crise financeira havia feito antes de modo tão radical. O desemprego, quando veio, atingiu proporções fabulosas.<sup>22</sup>

Eric Hobsbawm, descreve esse cenário:

Uma crise econômica mundial de profundidade sem precedentes pôs de joelhos até mesmo as economias capitalistas mais fortes e pareceu reverter a criação de uma economia mundial única, feito bastante notável do capitalismo liberal do século XIX. Mesmo os EUA, a salvo de guerra e revolução, pareceram próximos do colapso. Enquanto, a economia balançava, as instituições da democracia liberal praticamente

---

<sup>20</sup> FINSCHLSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.54.

<sup>21</sup> Daniel Goldhagen descreve essa situação na Alemanha: "Os nazistas chegaram ao poder graças a uma confluência de fatores, incluindo a depressão econômica, o anseio pelo fim da desordem e da violência de rua organizada que infestaram Weimar em seus últimos anos, a aversão mais ou menos generalizada à democracia, a aparente ameaça da tomada do poder pela esquerda, a ideologia visionária nazista e a personalidade de Hitler, com seus ódios escancarados, atraente ou até mesmo constrangedora para muitos alemães. A catastrófica desordem política e econômica foi claramente a causa mais próxima da vitória final dos nazistas. Muitos alemães votaram a seu favor porque o nazismo era a única força política capaz, em seu entender, de restaurar a ordem e a paz social, além de, derrotando os inimigos da Alemanha em casa, restaurar o status alemão de grande potência mundial." (GOLDHAGEN, Daniel. **Os Carrascos Voluntários de Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.99).

<sup>22</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

desapareceram entre 1917 e 1942; restou apenas uma borda da Europa e partes da América do Norte e da Austrália. Enquanto isso, avançavam o fascismo e seu corolário de movimentos e regimes autoritários.<sup>23</sup>

O período entre as duas guerras mundiais foi marcado por profunda desorganização nos campos econômico e político. Na economia, o cenário era de caos, com hiperinflação e alarmantes índices de desemprego. No aspecto político, o período pós-guerra foi marcado por decisões arbitrárias, as quais criaram Estados que desprezavam o passado das nacionalidades. Os Tratados de Paz, ao desconsiderarem a história, acabaram por alimentar ódios remanescentes.<sup>24</sup>

Esse quadro social criou um cenário propício à expansão do movimento totalitário que afinal alcançaria o poder. Na questão específica das migrações, dos refugiados e dos apátridas, Hannah Arendt demonstra que nesse período e na conformação política do continente naquele momento, para esses indivíduos não existiam direitos, ou seja, nas palavras da filósofa, chegou-se ao fim dos direitos humanos. E se neste primeiro momento o fim dos direitos humanos chegou para estes grupos, com a ascensão do totalitarismo chegou para todos, pois os crimes contra os direitos humanos é a especialidade dos regimes totalitários.<sup>25</sup>

A exclusão de direitos para estas pessoas parte da constatação de que não há quem assegure tais direitos. Ausente a figura do Estado-Nação, estes grupos ficam sem vínculo com qualquer laço social e, por consequência, sem direitos de qualquer natureza. É diante deste fato que a crítica da abstração dos direitos previstos nas declarações parece ter confirmação empírica, tendo tal crítica tido como expoente Burke.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**: O breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>24</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.374.

<sup>25</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.407.

<sup>26</sup> Segundo Burke: “Os direitos que estes teóricos da Constituição pretendem obter são todos absolutos: em que pese sua verdade metafísica, são moral e politicamente falsos. Os direitos do homem encontram-se em uma espécie de meio-caminho, impossível de ser definido, mas que se pode, contudo, discernir. Os direitos dos homens nos diferentes governos compreendem suas vantagens, as quais são contrabalançadas pelo equilíbrio entre as diversas formas de bem, algumas vezes entre o bem e o mal; e, vezes ainda, entre o mal e o mal. A razão política é computadora: ela moral, e não metafísica ou matematicamente, soma, subtrai, multiplica e divide as verdadeiras quantidades morais.” (BURKE, Edmund. Reflexões sobre a Revolução em França, sobre os verdadeiros direitos do homem e de como os direitos dos homens são incompatíveis com a ideia de sociedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEMOS, Walter Gustavo. **Das Tradições ortodoxas e heterodoxas nos Direitos Humanos**: uma antologia. Rio de Janeiro, 2018. p.106).

Douzinas igualmente aborda a crítica de Burke aos direitos humanos das declarações: “A principal crítica de Burke assinala que o discurso dos direitos padece de idealismo e racionalismo metafísico. Os defensores dos direitos seguem uma metafísica política tosca, são racionalistas metafísicos ou “especuladores”, o pior insulto no rico vocabulário de Burke. A especulação é a crença prática política,

A realidade do pós-guerra trouxe à tona os paradoxos dos direitos abstratos das declarações de direitos. Tais direitos considerados como inatos e inalienáveis representavam a emancipação do cidadão isolado, individualizado e portador de direitos naturais e universais dos quais todos os seres humanos eram dotados. Entretanto, na base desta teoria: “desde o início surgia o paradoxo contido na declaração dos direitos humanos inalienáveis: ela se referia a um ser humano ‘abstrato’, que não existia em parte alguma.”<sup>27</sup>

O indivíduo abstrato descrito nas declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX, no início do século XX simplesmente deixou de existir, dada a completa ausência de ente estatal que assegurasse tais direitos.

Esse cenário de esfacelamento do tecido social e ausência de proteção, propiciam as condições empíricas para o surgimento de movimentos messiânicos, ligados a um líder autoritário, uma espécie de salvador que detém a verdade para superação do momento de crise. O nazifascismo surge neste contexto político e social, contestando os valores do iluminismo e elegendo inimigos, mesmo que criados artificialmente: “A matriz fascista era constituída por binários tradicionais como ‘nós contra eles’ ou ‘a civilização contra a barbárie’ e ‘o povo contra seus inimigos’”.<sup>28</sup>

E se o fascismo nasce como contraponto às revoluções liberais, seu objetivo, em última instância, é acabar com a democracia e as ideias de liberdade e tolerância e instituir uma ditadura. A ideologia fascista postula uma espécie de simbiose entre líder, povo e nação, sendo que a soberania é deslocada do povo para a figura do líder, o qual conhece seus anseios e, por isso, toma as decisões corretas e em prol da sociedade. “O principal objetivo do fascismo era destruir a democracia a partir de

---

a arte do possível, deve ser guiada pela teoria, em que a intrincada rede da vida política e o complexo e antigo patrimônio dos deveres e prerrogativas legais devem ser reorganizadas de acordo com algum plano concebido pela razão humana e conduzido pela ação radical.” (DOUZINAS, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009. p.160-161).

Ainda sobre a relatividade dos direitos positivados nas declarações, Celso Lafer em trabalho sobre o pensamento de Hannah Arendt, igualmente destaca esse aspecto: “Do século XVIII até os nossos dias, o elenco dos direitos do homem contemplados nas constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não variável e absoluta para direitos que se revelaram historicamente relativos.” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.124).

<sup>27</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.396.

<sup>28</sup> FINSCHHELSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.63.

dentro e criar uma ditadura totalitária. A destruição da democracia, por sua vez, destruiria a sociedade civil, a tolerância política e o pluralismo.”<sup>29</sup>

Para implementar a ideologia fascista, como demonstrou Arendt<sup>30</sup>, o movimento totalitário na Europa orientou seu discurso político nos seguintes dogmas: a) um líder carismático e messiânico. É em razão da natureza desta liderança divina que as decisões são seguidas acriticamente, aceitas pela fé; b) o deslocamento da soberania, ou seja, do poder para a pessoa do líder que dirige e age em nome do povo; c) a mentira como método político, pois substituem a verdade dos fatos, a base empírica, pelo conceito de mito político, por ficções; d) a violência como única forma do exercício do poder político.

O totalitarismo, portanto, depende para sua permanência no poder, em primeiro lugar, da violência política, da associação orgânica entre líder e povo, da mentira, com o fim último de criar uma nova ordem mundial.

Hannah Arendt, reconhece esse objetivo finalístico de dominação mundial total, mas salienta que o Estado totalitário utiliza a violência como movimento necessário para o seu funcionamento, o qual precisa ser constantemente acionado, sendo que o terror totalitário ameaça a todos, seja opositores reais, sejam “cidadãos inofensivos e carentes de opiniões políticas.”<sup>31</sup>

A violência e o terrorismo do Estado, na experiência europeia, constituíram um mecanismo intrínseco do fascismo do regime totalitário, o qual buscava a dominação permanente de “todos os indivíduos em toda e qualquer esfera da vida – é algo que nenhum Estado ou mecanismo de violência jamais pôde conseguir, mas que é realizável por um movimento totalitário constantemente acionado.”<sup>32</sup>

O Estado totalitário move-se ideologicamente em função da violência, “a experiência da violência política como ideologia.”<sup>33</sup> Entretanto, para que a violência como ideologia possa ser aceita e adotada como política de Estado é necessária uma lealdade absoluta dos cidadãos. Arendt diz que essa lealdade é a base psicológica do totalitarismo, sendo que evidentemente as condições sociais para possibilitar essa adesão cega são criadas artificialmente e se instrumentalizam na

---

<sup>29</sup> FINSCHLSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.64.

<sup>30</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

<sup>31</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.452.

<sup>32</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.456.

<sup>33</sup> FINSCHLSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.81.



medida em que são cortados outros laços sociais e a vida só encontra sentido dentro do movimento:

Não se pode esperar essa lealdade a não ser de seres humanos completamente isolados que, desprovidos de outros laços sociais – de família, amizade, camaradagem – só adquirem o sentido de terem lugar neste mundo quando participam de um movimento, pertencem ao partido.<sup>34</sup>

Essa base psicológica de lealdade cega é construída sobre um sistema de crenças, uma espécie de religião cívica, reunida em torno de valores míticos e extremistas. A violência tem uma explicação divina, sagrada. Como Arendt menciona, essa dimensão mítica, esse sistema de crenças é próprio de fundamentalismos, daí a possibilidade da formação dessa base psicológica que permite o domínio e controle total do Estado. E o movimento totalitário fascista associa, violência e política, como por exemplo os fascistas romenos que:

Associavam a natureza sagrada da violência à ideia de regeneração e salvação dos seus guerreiros através da morte como sacrifício, ou os fascistas argentinos que ressaltavam a legitimidade da violência, como uma consequência da guerra de Deus contra os inimigos internos.<sup>35</sup>

O funcionamento do Estado totalitário, ancorado nessa visão mítica que conduzia a violência e a morte era justificada por um método essencialmente terreno e simples: a mentira. E essa ficção do totalitarismo cria uma realidade paralela de acordo com as ilusões do regime total, inclusive criando um passado de acordo com as conveniências do regime.

O revisionismo é um elemento importante nos movimentos totalitários, pois além da mentira no presente, o totalitarismo busca moldar o passado de acordo com os seus interesses. Segundo Arendt, essa característica exerce um verdadeiro fascínio de que: “mentiras e monstruosas falsidades viessem transformar-se em fatos incontestes, de que o homem pudesse ter a liberdade de mudar à vontade o seu passado”.<sup>36</sup> Esse traço revisionista está presente no governo brasileiro atual, dado que o Presidente da República em reiteradas manifestações públicas, deturpa a natureza da ditadura civil-militar, defendendo que o regime foi democrático e que não houve tortura.

---

<sup>34</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.454.

<sup>35</sup> FINCHELSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.109.

<sup>36</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.466.

O tempo e a história assumem conotações próprias no regime totalitário, artificialmente mitificados na origem e no futuro, pois esse tempo irreal é:

Próprio de todos os fundamentalismos projetar-se nesse fora de tempo fabuloso: quer se trate de regredir no tempo sagrado das origens ou projetar-se no amanhã radioso da escatologia como fizeram certos totalitarismos dos tempos modernos.<sup>37</sup>

O tempo do totalitarismo é eterno, uno e não está sujeito a divisões marcadas por acontecimentos históricos. A rigor, a pretensão da ilusão da eternidade, busca abolir o tempo histórico e suas incertezas, por isso é significativo que Hitler: “tenha um dia declarado estabelecer a nova ordem sobre uma anti-história: apelar à pureza era, aos seus próprios olhos, uma forma de libertar o mundo de seu passado histórico.”<sup>38</sup> E esse revisionismo atrelado ao poder é viável na sociedade totalitária, pois: “o que convence as massas não são os fatos, mesmo que sejam fatos inventados, mas apenas a coerência com o sistema do qual esses fatos fazem parte.”<sup>39</sup>

Os regimes autoritários assumem variadas formas: ditaduras militares, unipartidárias, tiranias e ainda o fascismo e o totalitarismo. O regime de exceção estudado por Arendt é a experiência totalitária do período entre guerras na Alemanha e na União Soviética. O totalitarismo depende para sua instauração e vigência da conjugação de dois fatores: o apoio da população, das massas e o comando de um líder totalitário.<sup>40</sup> A ascensão do nazismo ao poder, por exemplo, se

<sup>37</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.28

<sup>38</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.28.

<sup>39</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p.28.

<sup>40</sup> Nas eleições de março de 1933 na Alemanha, o Partido Nacional-socialista foi o mais votado com 17.277.180 votos, seguido pelos sociais-democratas com 7.181.629, conforme dados expostos por Golçalves, no seu livro. (BRITO, Joanival. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946: A gênese de uma nova ordem no direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.375).

Hannah Arendt em nota afirma que: “É muito perturbador o fato de o regime totalitário, malgrado o seu caráter evidentemente criminoso, contar com o apoio das massas. Embora muitos especialistas neguem-se a aceitar essa situação, preferindo ver nela o resultado da força da máquina de propaganda e de lavagem cerebral, a publicação em 1965, dos relatórios, originalmente sigilosos, das pesquisas de opinião pública alemã dos anos 1939-44, realizadas então pelos serviços secretos da SS, demonstra que a população alemã estava notavelmente bem informada sobre o que acontecia com os judeus ou sobre a preparação do ataque contra a Rússia, sem que com isso se reduzisse o apoio dado ao regime. (ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.712). Da mesma forma Goldhagen escreve: “Ao assumir a Chancelaria, Hitler promoveu uma última eleição nacional em 5 de março de 1933. Dificilmente esse pleito poderia ser considerado livre e justo (o Partido Comunista era ilegal e havia extensa intimidação aos opositoristas). Apesar dessas táticas antidemocráticas e da violência desferida pelos nazistas contra os judeus e esquerdistas, o apoio eleitoral não cessou de crescer, aumentando para 17 milhões de eleitores, isto é, 43,9% do total de votantes. (GOLDHAGEN, Daniel. **Os Carrascos Voluntários de Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p.99).

deu com amplo apoio popular, tendo Hitler alcançado o poder através dos procedimentos democráticos da República de Weimar:

A ascensão de Hitler ao poder foi dentro do sistema majoritário, e ele não poderia ter sobrevivido a tantas crises internas e externas, e enfrentado tantos perigos de lutas intrapartidárias, se não tivesse contado com a confiança das massas.<sup>41</sup>

Em que pese o nazifascismo ter chegado ao poder pelo rito democrático, um dos objetivos do movimento totalitário era justamente acabar com a democracia. E a ascensão ao poder no período entreguerras, de Hitler na Alemanha e Mussolini na Itália, marcou para Arendt o fim de duas ilusões democráticas. A primeira era de que os cidadãos participavam ativamente das questões de governo e, segundo, que as: “massas politicamente indiferentes não importavam, que eram realmente neutras e que nada mais constituíam senão um silencioso pano de fundo para a vida política da nação.”<sup>42</sup>

Segundo Arendt o funcionamento do sistema democrático estava ligado às classes sociais. O status social era imprescindível para permitir a participação política e as liberdades democráticas: “só adquirem significado e funcionam organicamente quando os cidadãos pertencem a agremiações ou são representados por elas, ou formam uma hierarquia social e política.”<sup>43</sup>

Resulta desta constatação que as massas não possuem canais de representação na democracia, sendo que o colapso do sistema de classes, no período entreguerras, permitiu que a propaganda do movimento totalitário cooptasse essa massa amorfa de indivíduos que estavam a margem do sistema de representação da democracia burguesa.

Contudo, não foi só a crise econômica que permitiu a ascensão do nazismo. Segundo a contribuição arendtiana, “o sistema capitalista e seu modelo de consumo igualmente ocasionaram essa anomia social, pois as camadas populares foram excluídas da participação da vida pública.”<sup>44</sup>

O elemento fundamental que propiciou e criou uma atmosfera favorável à tomada do poder por regimes totalitários, foi o colapso do sistema de classes e o

---

<sup>41</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.435.

<sup>42</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.440.

<sup>43</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.440.

<sup>44</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.441.

desespero de um contingente de pessoas excluídas socialmente, devido ao desemprego alarmante.<sup>45</sup>

E é essa massa de indivíduos à margem do sistema de classes da sociedade de consumo, os quais não possuem nenhum elo uns com os outros e com as instâncias de poder, que formam o quadro social ideal para a propagação de movimentos totalitários. Nas palavras da filósofa alemã: “Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados.”<sup>46</sup> O movimento totalitário permite de alguma maneira o sentimento de inclusão destas pessoas, as quais geram uma relação de lealdade total ao líder e ao movimento.

O movimento totalitário promete um lugar no mundo para aqueles que se encontram alijados da sociedade de consumo e da participação da vida cívica democrática. O preço desta participação e deste lugar social é alto, muito alto, pois o movimento exige algo que nenhum outro reclama, a lealdade absoluta que alcança a própria consciência. Mas essa lealdade para ser possível não pode estar ligada a programas partidários, pois como diz Arendt, “isso deixaria em risco o objetivo maior do totalitarismo tendente ao domínio mundial, devido a possibilidade de questionamentos e mesmo de mudança de opinião.”<sup>47</sup>

O totalitarismo para alcançar essa lealdade incondicional, “descobriu um meio de subjugar e aterrorizar os seres humanos internamente.”<sup>48</sup> Uma das formas de atingir essa submissão é a eliminação da distância entre a massa e o líder. Nessa visão o líder é apenas “um funcionário das massas que dirige” e Hitler sabia perfeitamente dessa necessária interdependência: Hitler, que conhecia muito bem essa interdependência, exprimiu-a certa vez num discurso perante a SA: “Tudo o que vocês são, o são através de mim; tudo o que eu sou, sou somente através de vocês”.<sup>49</sup>

A pretensão de domínio mundial, a ausência completa de programa político partidário, a exigência de lealdade, a submissão psicológica dos seres humanos, a indistinção entre líder e massas, a mentira e a violência constituem as características básicas do movimento totalitário. Os regimes de exceção autoritários, seja qual for a forma assumida pelo governo, dependem da violência para a manutenção no poder. A

---

<sup>45</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.444.

<sup>46</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.453.

<sup>47</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.454.

<sup>48</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.455.

<sup>49</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.456.

razão é que no autoritarismo não há espaço para a oposição, tampouco para a liberdade de opinião. Para a vigência da exceção é necessário a perseguição, a violência, a tortura e até mesmo a eliminação física dos opositores políticos.

A experiência totalitária na Europa demonstrou que a violência no totalitarismo, devido ao seu projeto de domínio mundial total e controle dos corpos e da consciência, assumiu proporções inimagináveis, com o seu maior símbolo: os campos de concentração, local onde o “horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte”.<sup>50</sup> O Estado Nazista para atingir seus objetivos racistas consolida o direito de matar. Nas palavras de Achile Mbembe, o projeto do regime culminou na: “solução final. Ao fazê-lo, tornou-se o arquétipo de uma formação de poder que combinava as características de Estado racista, Estado assassino e Estado suicida”.<sup>51</sup>

E o horror do regime totalitário da Alemanha não tem paralelo, pois incomparável com outras formas de violência estatal como o trabalho forçado, o banimento e a escravidão, como aponta Arendt:

O trabalho forçado como punição é limitado no tempo e na intensidade. O banimento apenas transfere o banido de uma parte do mundo para outra, também habitada por seres humanos; os escravos não estavam, longe dos olhos e, portanto, da proteção dos seus semelhantes.<sup>52</sup>

O interno do campo de concentração não pertence a lugar algum e está fora de toda e qualquer organização social. É por isso que Arendt afirma que o primeiro passo do domínio total é a morte da personalidade jurídica da pessoa humana, sendo que os prisioneiros dos campos de concentração foram transformados em cadáveres vivos e isso pode acontecer porque: “os Direitos do Homem, apenas formulados, mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados, mas nunca politicamente garantidos, perderam, em sua forma tradicional, toda a validade”.<sup>53</sup>

A morte da personalidade jurídica e a destruição dos direitos humanos no totalitarismo, apontadas por Arendt, constitui o ponto teórico chave para a tese deste trabalho:

---

<sup>50</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.589.

<sup>51</sup> MBEMBE, Achile. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, n. 32, p.123-151, dez. 2016. p.123. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>. p.128. Acesso em: 06 fev. 2020.

<sup>52</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.589-590.

<sup>53</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.594.

O fim do sistema arbitrário é destruir os direitos civis de toda a população, que se vê, afinal, tão fora da lei em seu próprio país como os apátridas e os refugiados. A destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado. E isso não se aplica aquelas categorias especiais, como os criminosos, os oponentes políticos, os judeus, os homossexuais (com os quais se fizeram as primeiras experiências), mas a qualquer habitante totalitário.<sup>54</sup>

E essa destruição dos direitos humanos da população busca sua legitimidade no conceito de legalidade do regime totalitário. Como já apontado neste trabalho, o totalitarismo não se deu ao trabalho de revogar a Constituição democrática de Weimar e desrespeitou suas próprias leis, editadas no período nazista. Assim, apesar de conviver com ordens jurídicas sobrepostas, não se viu obrigado a nenhuma delas, pois como aponta Arendt o totalitarismo recorre à legitimidade da lei da História ou da lei da Natureza, sendo o primeiro exemplo do totalitarismo soviético e o segundo do Alemão.

É por isso que o regime totalitário desafia as leis positivas, não sendo possível se distinguir entre governo legal, ilegal ou arbitrário, pois:

A legitimidade totalitária, desafiando a legalidade e pretendendo estabelecer diretamente o reino da justiça na terra, executa a lei da História ou da Natureza sem convertê-la em critérios de certo e errado que norteiam a conduta individual. Aplica a lei diretamente à humanidade, sem atender a conduta dos homens. Espera que a lei da Natureza ou a lei da História, devidamente executada, engendre a humanidade como produto final; essa esperança – que está por trás da pretensão de governo global – é acalentada por todos os governos totalitários.<sup>55</sup>

E a violência como ideologia de Estado, causou graves violações de direitos humanos durante a vigência da exceção na Europa. Não foi por outra razão que a punição exteriorizada nos julgamentos de Nuremberg era um imperativo inafastável de justiça naquele momento.

A experiência do fascismo nazista, como adverte Arendt, rompeu o elo com o mundo civilizado. E esse rompimento decorreu da violência nazista que não só cometeu atrocidades, mas foi além destruindo a humanidade do ser. E a destruição do humano deu-se com a instituição dos campos de concentração, onde o verdadeiro horror: “reside no fato de que os internos, mesmo que consigam se manter vivos, estão mais isolados do mundo dos vivos do que se tivessem morrido”, e, ainda porque: “Não há paralelos para comparar com algo a vida nos campos de

---

<sup>54</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.598.

<sup>55</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.614.

concentração. O seu horror não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte.”<sup>56</sup>

Primo Levi, sobrevivente dos campos de concentração, narra essa experiência de perda da humanidade: “Os personagens destas páginas não são homens. A sua humanidade ficou sufocada, ou eles mesmos a sufocaram, sob a ofensa padecida ou infligida a outros.”<sup>57</sup>

Finchelstein resume o saldo de violência do fascismo na história:

O fascismo foi uma ideologia política que reuniu o totalitarismo, o terrorismo estatal, o imperialismo, o racismo e, no caso da Alemanha, o maior genocídio do último século: o Holocausto. O fascismo, nas suas múltiplas formas, não hesitava em matar seus próprios cidadãos, além dos súditos coloniais, na busca pelo domínio ideológico e político. Milhões de civis morreram em todo mundo durante o apogeu das ideologias fascistas na Europa e em outros lugares.<sup>58</sup>

A justiça de transição vai surgir para dar conta desse passado de violações de direitos humanos, provocados pelo totalitarismo na Europa, no período entre a primeira e o final da Segunda Guerra Mundial. Estado de exceção e violência são interdependentes. O genocídio e as atrocidades cometidas neste período, somente foram possíveis em razão do Estado de exceção, o qual será abordado na subparte seguinte, com base na teoria de Giorgio Agamben.

### 2.1.2 A exceção em Agamben

O estado de exceção tem sua origem no direito romano, na figura do “*iustitium*”,<sup>59</sup> o qual significava a suspensão do direito num momento de tumulto.

<sup>56</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.588-589.

<sup>57</sup> LEVI, Primo. **É Isto um Homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p.124.

<sup>58</sup> FINSCHELSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019. p.36-37.

<sup>59</sup> Segundo Agamben, o instituto do direito romano pode ser considerado como o arquétipo moderno do Estado de Exceção. O autor acrescenta que os historiadores do direito e os teóricos do direito público não deram atenção suficiente ao instituto presente no direito romano, denominado: *iustitium*, o qual serve como um modelo em miniatura para se tentar explicar as aporias da exceção. (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.67). Da mesma forma, Tavares assevera que a evolução dos institutos da Ditadura romana e do “*iustitium*”, “acabou por inspirar os mecanismos de emergência nas sociedades contemporâneas”. (TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.52).

O termo *iustitium* – construído exatamente como *solstitium* – significa literalmente ‘interrupção, suspensão do direito’ *quando ius stat* – explicam etimologicamente os gramáticos – *sicut solstitium dicitur (iustitium se diz para o direito para, como o (sol no) solstício)*.<sup>60</sup>

Na Roma Antiga, a decretação do “*iustitium*” tinha como objetivo proteger e salvaguardar a própria República. Em situações de emergência, o Senado proclamava um “*senatus consultum ultimum*”.<sup>61</sup> A origem do Estado de Exceção, estava relacionada com a proteção da República, mas com o tempo passou a ser usada como um mecanismo para a instauração de regimes autoritários.

A exceção, portanto, desde o direito romano tem sua justificação no estado de necessidade, denominado na Roma Antiga de *tumultus*. A necessidade: “age aqui como uma justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção.”<sup>62</sup>

O *iustitium* dos romanos, instituto jurídico que fundamenta teoricamente a exceção moderna, retorna na modernidade sob a forma do estado de sítio no contexto da Revolução Francesa. O instituto justifica-se para enfrentar estados de guerra, situação em que todos os poderes da autoridade civil são transferidos para a autoridade militar:

Embora de um lado (no estado de sítio), o paradigma seja a extensão em âmbito civil dos poderes que são da esfera da autoridade militar em tempo de guerra, e, de outro, uma suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais), os dois modelos acabam, com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção.<sup>63</sup>

A necessidade que legitima a exceção é a mesma categoria que se aplica em outras situações jurídicas, como naqueles casos em que se afasta a aplicação da lei

---

<sup>60</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.68.

Marcelo Leonardo Tavares, igualmente descreve esse instituto da seguinte forma: “Havia também um outro instituto utilizado no período, de natureza diferente: o *iustitium*, termo com significado de interrupção ou suspensão do Direito, e do qual resultava a não-aplicação temporária da própria ordem jurídica. Quando surgia um fato emergencial que punha em perigo a existência da República, e não havia tempo de realização das alterações de organização estatal para instauração de uma ditadura, o Senado emitia um *senatus consultum ultimum* por meio do qual pedia, até mesmo aos cidadãos, que tomassem qualquer medida considerada necessária para a salvação do Estado. (TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.51).

<sup>61</sup> SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. São Paulo: Alameda, 2016. p.41.

<sup>62</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.40-41.

<sup>63</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.17.



em razão da prática de determinado ato ter sido praticado em estado de necessidade. Agamben refere que a teoria da necessidade corresponde a teoria da exceção. Nas duas teorias uma situação excepcional, de emergência, autoriza que a lei não seja aplicada.<sup>64</sup>

A instauração do estado de exceção suspende o direito e não apenas a incidência de uma lei, como na *dispensatio*, instituindo um estado de anomia. A definição da exceção neste sentido, como alerta Agamben, é difícil por situar-se no limite entre a política e o direito, assim: “como a guerra civil, a insurreição e a resistência.”<sup>65</sup> Neste mesmo sentido, Schmitt, acrescenta que no Estado de exceção, o direito suspende a si mesmo: “o Estado de exceção representa a tentativa de circunscrever o caso no qual o direito se suspende a si mesmo.”<sup>66</sup>

A proximidade com estados de guerra e revolucionários dá-se em razão da instauração de uma nova ordem constitucional, em qualquer destes casos de ruptura com a ordem constitucional antiga:

O estado de exceção, enquanto figura da necessidade, apresenta-se pois – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional – como uma ‘medida ilegal, mas perfeitamente ‘jurídica e constitucional’, que se concretiza na criação de novas normas.<sup>67</sup>

A aporia no caso da instauração da exceção revela-se na sua origem justificadora, na sua pretensa legitimidade, ancorada no estado de necessidade. É que a definição da necessidade é subjetiva atrelado aos objetivos do poder violento que instaura a nova ordem:

Mas a aporia máxima, contra a qual fracassa, em última instância, toda a teoria do estado de necessidade, diz respeito à própria natureza da necessidade, que os autores continuam, mais ou menos inconscientemente, a pensar como uma situação objetiva. Essa ingênua concepção, que pressupõe uma pura factualidade que ela mesma criticou, expõe-se imediatamente às críticas dos juristas que mostram como a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.41.

<sup>65</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.11.

<sup>66</sup> SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p.93.

<sup>67</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.44.

<sup>68</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.46.

As rupturas políticas e a instauração de estados de exceção na história, confirmam a teoria de Agamben. O próprio estado de exceção, objeto deste estudo, é um caso elucidativo. Note-se que o estado de necessidade invocado pelos militares para o golpe de 1964 era a suposta ameaça comunista, de fato não havia, pois o governo de João Goulart estava longe de representar uma ameaça comunista, possuindo apenas uma agenda de reformas sociais, como a reforma agrária, por exemplo.

As relações entre violência, poder e estado de exceção são demonstradas por Agamben a partir do diálogo entre Schmitt e Benjamin travado na década de 20, do século passado. Walter Benjamin em seu ensaio “Para uma crítica da violência”<sup>69</sup>, escrito em 1921, tinha como objetivo a distinção entre a violência que funda o direito e a violência que o conserva. O direito instaurado pela violência, depende para sua conservação, da mesma maneira, do uso da violência, sendo que a instituição que realiza esta tarefa primordialmente é a Polícia.<sup>70</sup> Segundo Walter Benjamin: “toda violência como meio é ou instauradora ou mantenedora do direito. Se não pode reivindicar nenhum desses predicados ela renuncia por si só a qualquer validade.”<sup>71</sup> Segundo Derrida, o Estado: “teme a violência fundadora, isto é, capaz de justificar, de legitimar ou de transformar as relações de direito”<sup>72</sup>, pois a “fundação de todos os Estados advém numa situação que podemos chamar de revolucionária.”<sup>73</sup>

Para Benjamin além da violência intrínseca ao direito, existe a violência revolucionária que se situa fora do direito, a violência revolucionária, pura ou mítica: “O caráter próprio dessa violência é que ela não põe nem conserva o direito, mas o depõe e inaugura, assim, uma nova época histórica”.<sup>74</sup> O que o direito não pode tolerar, segundo Walter Benjamin é a violência extrajurídica, fora dos limites do direito: “O que o direito não pode tolerar de modo algum, o que sente como uma ameaça contra a qual é impossível transigir, é a existência de uma violência fora do direito.”<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre Mito e Linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2011. p.135.

<sup>70</sup> Eduardo Tergolina Teixeira no seu livro sobre a exceção em Agamben, sobre este aspecto diz que: “A violência de conservação do direito teria sua expressão mais contundente na instituição da polícia, que, para além de manter a ordem, a segurança, tem o poder de ditar o direito nos momentos mais concretos e de maior fragilidade pessoal ou institucional.” (TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015. p.134).

<sup>71</sup> BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre Mito e Linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2011. p.136.

<sup>72</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p.81

<sup>73</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p.83.

<sup>74</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.85.

<sup>75</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.84-85.

Schmitt, ao contrário, não admite a violência fora do direito, inscrevendo-a dentro da ordem jurídica. O autor opta pelo conceito de decisão soberana que, no estado de exceção, “suspende a norma e abarca o caso limite.”<sup>76</sup> É conhecida a definição de soberano de Carl Schmitt, a qual sintetiza essa questão: “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção.”<sup>77</sup>

Na perspectiva schmittiana, a decisão é o fundamento do direito e a ele é anterior, e se exterioriza no poder de instaurar o estado de exceção. Contudo, Agamben, aponta uma aporia neste fundamento proposto por Schmitt, atinente à decisão soberana, pois: “o soberano está fora da ordem jurídica normalmente válida e, entretanto, pertence a ela, porque é responsável pela decisão quanto à possibilidade da suspensão *in toto* da constituição.”<sup>78</sup>

Agamben diz que o conceito de força de lei, tanto na doutrina antiga como na moderna, tem vinculação com o estado de exceção, na medida em que distingue a eficácia da lei da força de lei. Eficácia e a produção de efeitos jurídicos do ato legislativo, da lei promulgada em obediência ao processo legislativo previsto na Constituição e força de lei denota, ao contrário:

Um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos e regulamentos promulgados pelo executivo).<sup>79</sup>

No campo da exceção, o sentido de força de lei denota o poder outorgado ao soberano de promulgar atos com força de lei. São os denominados decretos-leis que foram largamente utilizados nas ditaduras brasileiras, como no Estado Novo de Vargas e na ditadura militar. E, se novamente recorrermos a Derrida, a aproximação do decreto-lei com o tema de sua conferência é que: “As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas por que tem autoridade.”<sup>80</sup>

E a figura do decreto-lei, dotado de força de lei, revela uma das características fundamentais da exceção, consubstanciada na indistinção entre os poderes legislativo e executivo. Essa confusão decorre da concentração de poderes

---

<sup>76</sup> TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015. p.136.

<sup>77</sup> SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p.88.

<sup>78</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.57.

<sup>79</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.60.

<sup>80</sup> DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p.21.

nas mãos do Chefe do Poder Executivo, especialmente o de editar atos com força de lei. Prerrogativa que é denominada pela terminologia do direito canônico como: “ampliação dos poderes governamentais e, particularmente, à atribuição ao executivo do poder de promulgar decretos com força de lei.”<sup>81</sup>

Segundo Agamben, encontramos inúmeros exemplos da confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo - como os já citados casos dos regimes autoritários brasileiros -, sendo que tal situação define:

Uma das características essenciais do estado de exceção. O caso limite dessa confusão é o regime nazista em que, como Eichmann não cansava de repetir, ‘as palavras do Führer têm força-de-lei’.<sup>82</sup>

A suspensão do direito, na exceção, resulta em um espaço vazio de direito, que deve: “manter-se necessariamente em relação com uma anomia.”<sup>83</sup> O autor adverte, contudo, que o que importa esclarecer quanto à suspensão do direito durante o regime de exceção é a caracterização dos atos praticados durante o período excepcional:

O problema crucial ligado à suspensão do direito é o dos atos cometidos durante o *iustitium*, cuja natureza parece escapar a qualquer definição jurídica. À medida que não são transgressivos, nem executivos, nem legislativos, parecem situar-se, no que se refere ao direito, em um não lugar absoluto.<sup>84</sup>

A natureza da exceção, portanto, consiste numa zona de anomia, num espaço sem direito. Por isso, segundo o autor, a exceção não é uma ditadura, seja comissária ou constitucional, na classificação de Schmitt<sup>85</sup>, tampouco revela-se o exercício de um direito à restauração do próprio estado. O estado de necessidade que justifica a exceção, não é um estado do direito, mas a suspensão do direito.

A exceção e a conseqüente anomia são comparadas por Agamben, com festas populares, como o carnaval. Durante essas festas anômicas:

Os homens se fantasiam e se comportam como animais, os senhores servem os escravos, homens e mulheres trocam seus papéis e

<sup>81</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.17.

<sup>82</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.60-61.

<sup>83</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.79.

<sup>84</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.79.

<sup>85</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.109.

comportamentos delituosos são considerados lícitos ou, em todo caso, não passíveis de punição.<sup>86</sup>

Desde o início deste século os mecanismos de exceção têm sido amplamente adotados, justificados pela nova emergência mundial, qual seja o enfrentamento do terrorismo de cunho religioso, o qual tem patrocinado atentados na Europa e nos Estados Unidos, atingindo a população civil. Segundo Tavares:

O mecanismo mais comum da extensão é o da transformação das medidas extravagantes em atos legislativos permanentes, com a inserção, no sistema jurídico ordinário do Estado, das previsões anteriormente restritas à atuação emergencial.<sup>87</sup>

Segundo Zaffaroni, a nova emergência mundial:

Pretende justificar exigências internacionais de adoção de legislação penal e processual penal autoritária em todos os países do mundo. A necessidade de defender-se, por certo não mais dos atos concretos de homicídio em massa e indiscriminados, mas sim do nebuloso terrorismo, legitima não apenas as guerras preventivas de intervenção unilateral como também legislações autoritárias com poderes excepcionais, que incluem a privação de liberdade indeterminada de pessoas que não se acham em condições de prisioneiros de guerra nem de réus processados.<sup>88</sup>

O ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, por exemplo, serviu de justificativa para a introdução de inúmeras medidas de exceção de caráter permanente, como aponta Tavares:

Após os ataques terroristas sofridos dos quais resultou a perda de milhares de vidas, o Congresso aprovou o *Usa Patriot Act*, permitindo que o Poder Executivo mantivesse preso, sem acusação formal perante um tribunal, o estrangeiro suspeito de exercer atividades que pusessem em perigo a segurança.<sup>89</sup>

Agamben, igualmente, menciona o USA *Patriot*<sup>90</sup>, como um exemplo, da instituição de um estado de exceção permanente, mesmo em democracias

<sup>86</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.110.

<sup>87</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.87.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.66.

<sup>89</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.1.

<sup>90</sup> Em 2 de junho de 2015 o USA Patriot Act, foi substituído pela denominada Lei da Liberdade (USA Freedom Act), pois no dia anterior a vigência do USA Patriot havia expirado. A USA Freedom restaurou e modificou vários dispositivos da lei anterior, impondo novos limites à coleta em massa de metadados de telecomunicações de cidadãos dos EUA por agências de inteligência. A lei também permite escutas telefônicas itinerantes para rastrear lobos solitários.

consolidadas como é o caso dos Estados Unidos. Este mecanismo legal permite manter preso o estrangeiro suspeito de atividades que: “ponham em risco a segurança nacional dos Estados Unidos”, anulando: “todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”.<sup>91</sup>

Segundo o autor, a instituição destas medidas inomináveis e inclassificáveis, permitem a institucionalização da violência contra adversários políticos e categorias de cidadãos, produzindo uma guerra civil legal e uma técnica de governo na contemporaneidade, moldando um quadro que ele denomina de totalitarismo moderno:

---

Conforme informa o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, a lei confere amplos poderes para os agentes realizarem vigilância eletrônica e escutas telefônicas e ainda: Permite que agentes federais solicitem a um tribunal uma ordem para obter registros comerciais em casos de terrorismo de segurança nacional. O exame de registros de negócios geralmente fornece a chave que os investigadores procuram para solucionar uma ampla gama de crimes. Os investigadores podem buscar registros selecionados de lojas de ferragens ou fábricas de produtos químicos, por exemplo, para descobrir quem comprou materiais para fazer uma bomba, ou registros bancários para ver quem está enviando dinheiro para terroristas. As autoridades policiais sempre foram capazes de obter registros comerciais em casos criminais por meio de intimações do grande júri, e continuam a fazê-lo em casos de segurança nacional, quando apropriado. Esses registros foram procurados em casos criminais como a investigação do atirador do Zodíaco, onde a polícia suspeitou que o atirador foi inspirado por um poeta ocultista escocês e queria saber quem havia retirado os livros do poeta da biblioteca. Em casos de segurança nacional em que o uso do processo do grande júri não era apropriado, os investigadores anteriormente tinham ferramentas limitadas à sua disposição para obter certos registros comerciais. De acordo com o Patriot Act, o governo agora pode pedir a um tribunal federal (o Foreign Intelligence Surveillance Court), se necessário para auxiliar uma investigação, para ordenar a produção do mesmo tipo de registros disponíveis por meio de intimações do grande júri. Este tribunal federal, no entanto, pode emitir essas ordens somente após o governo demonstrar que os registros em questão são solicitados para uma investigação autorizada a fim de obter informações de inteligência estrangeira que não digam respeito a um cidadão dos EUA ou para proteção contra terrorismo internacional ou atividades de inteligência clandestinas, desde que tal investigação de uma pessoa dos EUA não é conduzida apenas com base em atividades protegidas pela Primeira Emenda.

**Tradução livre:** “Allows federal agents to ask a court for an order to obtain business records in national security terrorism cases. Examining business records often provides the key that investigators are looking for to solve a wide range of crimes. Investigators might seek select records from hardware stores or chemical plants, for example, to find out who bought materials to make a bomb, or bank records to see who's sending money to terrorists. Law enforcement authorities have always been able to obtain business records in criminal cases through grand jury subpoenas, and continue to do so in national security cases where appropriate. These records were sought in criminal cases such as the investigation of the Zodiac gunman, where police suspected the gunman was inspired by a Scottish occult poet, and wanted to learn who had checked the poet's books out of the library. In national security cases where use of the grand jury process was not appropriate, investigators previously had limited tools at their disposal to obtain certain business records. Under the Patriot Act, the government can now ask a federal court (the Foreign Intelligence Surveillance Court), if needed to aid an investigation, to order production of the same type of records available through grand jury subpoenas. This federal court, however, can issue these orders only after the government demonstrates the records concerned are sought for an authorized investigation to obtain foreign intelligence information not concerning a U.S. person or to protect against international terrorism or clandestine intelligence activities, provided that such investigation of a U.S. person is not conducted solely on the basis of activities protected by the First Amendment”. (THE usa patriot Act: Preserving Life and Liberty. **Department of Justice**, 2001. Disponível em: <[https://www.justice.gov/archive/ll/what\\_is\\_the\\_patriot\\_act.pdf](https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2021).

<sup>91</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.13.

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma 'guerra civil mundial', o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente - e, de fato, já transformou de modo muito perceptível - a estrutura e o sentido da distinção; ao tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo.<sup>92</sup>

Entretanto, a instituição de medidas de exceção na vigência de Estados de Direito não é uma questão nova. Segundo Tavares<sup>93</sup>, um primeiro caso ocorreu em 1922 no Reino Unido, sendo que no decorrer do século XX, vários outros casos ocorreram até o quadro se agravar no século XXI.

O totalitarismo moderno possui uma característica presente em regimes autoritários históricos, como o nazismo, onde a exceção vigorava em conjunto com a ordem democrática liberal, situação denominada por Carl Schmitt como hipótese de Estado dual. Duas ordens sobrepostas e antagônicas vigendo simultaneamente.

No nazismo, a ordem democrática tornou-se letra morta, pois apenas a legislação do regime passou a ser aplicada. Na exceção moderna, a ordem liberal vige ao lado de medidas excepcionais endereçadas ao novo inimigo perigoso, o qual acaba sendo identificado de forma preconceituosa, baseada em critérios raciais e religiosos, como destaca Zaffaroni:

A relativa estabilidade cultural e étnica europeia torna-se mais sensível diante das diferenças desta ordem, ou seja, é mais simples assinalar os estranhos, que se distinguem por seu idioma, sua indumentária e pela cor da pele. Tudo isso tem um inevitável reflexo político e legislativo. Cabe

---

<sup>92</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.14.

<sup>93</sup> Marcelo Leonardo Tavares, refere que: "Um primeiro exemplo pode ser encontrado na perenização da legislação britânica de combate ao terrorismo na Irlanda do Norte. Em 1922, o Parlamento inglês aprovou o Civil Authorities (Special Powers) Act, criando um regime excepcional sob o qual o Governo passou a ter poderes similares aos normalmente previstos para tempos de lei marcial, no período não superior a um ano. O ato foi renovado anualmente até 1928, quando foi estendido por um período de cinco anos de uma só vez. Subsequentemente, ingressou na legislação permanente. O mesmo ocorreu, no mesmo país, com o Prevention of Terrorism Acts (PTA): aprovado inicialmente em 1974, foi emendado em parte e continuou a ter vigência mediante atos parlamentares de 1975, 1983 e 1984. Em 1989, foi inserido na legislação normal." (TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência: o controle do poder em situação de crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.87).

acrescentar que uma boa parte são islâmicos ou ao menos muçulmanos, e a eles se encaixa perfeitamente o estereótipo de terrorista.<sup>94</sup>

Agamben faz uma advertência para o futuro, no sentido de “interromper o funcionamento da máquina que está levando o Ocidente para a guerra civil mundial”.<sup>95</sup> Este trabalho pretende examinar o passado, a violência governamental e as graves violações de direitos humanos praticadas no regime de exceção e, também, para o futuro, no sentido de evitar a repetição destas atrocidades.

Por fim, neste capítulo, pretende-se abordar um aspecto singular da experiência da exceção, presente nos casos emblemáticos do nazifascismo. Trata-se do fenômeno denominado por Agamben, como Estado dual, ou seja, a coexistência do Estado de exceção, com a Constituição democrática vigente, a qual é a fonte da instauração da medida de exceção.

Como refere Agamben, na vigência dos regimes totalitários, nem a Constituição democrática de Weimar, tampouco a Constituição Albertina na Itália, foram derogadas no período dos regimes nazifascistas. As ordens democráticas conviveram com os regimes de exceção e suas leis extravagantes. E não somente com a legislação baixada pela força do regime totalitário, mas também com todos os mecanismos de violência e controle, alheio a qualquer ordem jurídica, inserto na zona de anomia e da suspensão do direito permitida pelo Estado de Exceção. Nem Hitler, nem Mussolini deram-se ao trabalho de derogar a ordem democrática anterior, as quais permaneceram válidas na vigência dos regimes totalitários.

Na ditadura civil-militar brasileira, também ocorreu essa dualidade, na medida em que o regime autoritário manteve uma ordem jurídica com certos institutos aparentemente democráticos - como eleições para congressistas e prefeitos - e um estado de exceção que agia sem qualquer limite, mediante o uso da força e da violência institucionalizada. Mas o Estado dual, presente no regime autoritário brasileiro, também pode ser constatado pela adoção dos chamados atos institucionais, que conforme demonstra Lima, esse mecanismo: “assumiu a condição de lei suprema do regime, ao submeter todas as constituições que vigoraram durante o período ao seu domínio jurídico.”<sup>96</sup> Outro fato que caracteriza a coexistência de

---

<sup>94</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.67.

<sup>95</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.132.

<sup>96</sup> LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964**. 2018. 286f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Universidade do Vale



ordens constitucionais na vigência da ditadura civil-militar brasileira é a vigência da Constituição democrática de 1946, durante os primeiros anos do regime autoritário:

Após a deposição de Goulart, os militares precisavam apresentar justificativa jurídica para que suas primeiras medidas não fossem contrariadas pela Constituição de 1946, já que, somente no plano formal, o pacto constitucional violado pelo golpe vigoraria até 1967.<sup>97</sup>

Contudo, a coexistência de ordens jurídicas distintas, uma democrática e outra autoritária, caracterizou os regimes nazista e fascista. No regime nazista, por exemplo, a exceção surge nos termos da norma constitucional, prevista no artigo 48 da Constituição de Weimar. Segundo Schmitt: “Na Constituição alemã vigente de 1919, em seu artigo 48, o Estado de exceção é declarado pelo presidente, mas sob o controle do Parlamento, que pode exigir a sua suspensão a qualquer momento.”<sup>98</sup>

O artigo 48 da Constituição de Weimar<sup>99</sup>, portanto, introduziu no ordenamento jurídico a possibilidade do Chefe do Poder Executivo instaurar a exceção para adotar medidas para o restabelecimento da segurança e ordem pública, em caso de estarem ameaçadas. No período entreguerras, a exceção praticamente instalou-se como regime permanente. Segundo Agamben, a exceção funcionou neste período como um verdadeiro laboratório para os regimes autoritários que se instalaram na sequência, na Alemanha e na Itália. Na Alemanha: “os últimos anos da República de

---

do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172>>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 96.

<sup>97</sup> LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. 2018. 286f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172>>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 98.

<sup>98</sup> SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p.91.

<sup>99</sup> O artigo 48 da Constituição de Weimar tinha a seguinte redação: “Quando um Estado não cumpre os deveres que lhe são impostos pela Constituição ou pelas leis do Reich, o Presidente do Reich pode obrigá-lo com ajuda da força armada. Quando, no Reich alemão, a ordem e a segurança públicas estão consideravelmente alteradas ou ameaçadas, o Presidente do Reich pode adotar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e ordem públicas, inclusive com a ajuda da força armada caso necessário. Para tanto, pode suspender temporariamente, em todo ou em parte, os direitos fundamentais consignados nos arts. 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. De todas as medidas que adote com fundamento nos parágrafos 1 e 2 deste artigo, o Presidente do Reich deverá dar conhecimento ao Parlamento. A pedido deste, tais medidas se tornarão sem efeito. O Governo de um Estado poderá aplicar provisoriamente as medidas expressas no parágrafo 2 deste artigo quando o atraso em adotá-las implique perigo. Tais medidas se tornarão sem efeito a pedido do Presidente do Reich ou do Parlamento. Os pormenores serão regulamentados por uma lei do Reich.” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016. p.69).

Weimar transcorreram inteiramente em regime de estado de exceção.”<sup>100</sup> A Itália, por sua vez, funcionou:

como um verdadeiro laboratório político-jurídico no qual, pouco a pouco, se organizou o processo pelo qual o decreto-lei de instrumento derogatório e excepcional de produção normativa transformou-se em fonte ordinária de produção do direito.<sup>101</sup>

A ascensão do nazifascismo ao poder, após a vigência de regime de exceção quase que permanente, levou Agamben afirmar que esse período funcionou como: “uma fase de transição que leva fatalmente a instauração de um regime totalitário.”<sup>102</sup> Evidentemente, para confirmar que toda regra tem exceção, no período entreguerras a Inglaterra, igualmente acionou o mecanismo de exceção, sem desembocar no autoritarismo.<sup>103</sup>

Na Alemanha, no período entreguerras, a decretação do Estado de Exceção, previsto nas Constituições do período (Abertina e Weimar), tornou-se rotineira, resultando na vigência de duas ordens jurídicas simultaneamente. Essas duas ordens jurídicas permaneceram mesmo após a ascensão do nazismo, caracterizando como aponta Agamben o chamado: “Estado dual – a constituição legal de uma segunda estrutura, amiúde não formalizada juridicamente, que podia existir ao lado de outra graças ao Estado de exceção.”<sup>104</sup>

A experiência histórica do regime de exceção, revela que longe de cumprir seu objetivo paradoxal de preservar a ordem jurídica que suspende, acaba por não cumprir com este objetivo, tornando permanente a ordem de exceção, sem, contudo, liquidar com a ordem antiga. Mesmo após a instauração de regimes totalitários, como na Itália e na Alemanha, a ordem democrática continuou em vigor, como também nota Arendt, ao dizer que os nazistas não tinham o menor apreço, inclusive, pela legislação promulgada pelo nazismo e, “nunca se deram ao trabalho de abolir oficialmente a

<sup>100</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.29.

<sup>101</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.31.

<sup>102</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.27.

<sup>103</sup> Na Inglaterra, imediatamente após o início da primeira guerra mundial foi aprovado pelo parlamento inglês “O defense of Realm Act de 4 de agosto de 1914, conhecido como DORA, que não só conferia ao governo poderes muito amplos para regular a economia de guerra, mas também previa graves limitações dos direitos fundamentais dos cidadãos.” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.33).

<sup>104</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.76.

Constituição de Weimar e após a promulgação das Leis de Nuremberg, verificou-se que os nazistas não tinham o menor respeito por suas próprias leis.”<sup>105</sup>

O estado de exceção, com base nas suas características essenciais, como a suspensão das garantias individuais e a abolição da “distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário”<sup>106</sup>, constitui a forma jurídica de estado que permite a institucionalização da violência e da violação de direitos humanos.

No caso da ditadura civil-militar brasileira, os elementos essenciais da exceção verificaram-se na vigência do regime. A peculiaridade do caso brasileiro foi o esforço dos militares em dar uma aparência democrática ao autoritarismo instaurado pela força. A legislação de exceção, baixada por “atos institucionais”, alternava momentos de fechamento e abertura, ora fechando o Parlamento e suspendendo garantias individuais, ora, editando normas que pretendiam criar uma aparência democrática, mas que na prática criavam um simulacro de democracia.

No tema da violação de direitos humanos, as ditaduras latino-americanas dos países do Cone Sul, instituíram um sistema de violação aos direitos humanos, paralelo, subterrâneo, o qual também somente é viável de ser implantado em regimes de exceção, como será demonstrado nos capítulos seguintes.

## 2.2 A ditadura civil-militar brasileira

Neste capítulo, busca-se a partir das teorias sobre a exceção de Arendt e Agamben, analisar a experiência autoritária da ditadura civil-militar brasileira. A ditadura civil-militar brasileira, como as dos demais países do Cone Sul, foram instauradas por golpes justificados pela doutrina da segurança nacional, diante da suposta ameaça comunista.

Estes regimes autoritários, nos marcos teóricos de Agamben e Arendt, caracterizaram regimes de exceção, conforme será exposto nos itens seguintes.

### 2.2.1 Elementos do estado de exceção na ditadura civil-militar

O Estado de Exceção compreendido como a suspensão do direito, ou seja, a suspensão do Estado de Direito e, por conseguinte, de seus princípios

---

<sup>105</sup> As denominadas Leis de Nuremberg baniram os judeus de todos os aspectos da vida nacional. (ARENDETT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.532-533).

<sup>106</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.19.

fundamentais, notadamente as garantias individuais e a separação de poderes, caracterizou-se pela forma jurídica que permitiu a vigência no plano legal de Estados autoritários e totalitários.

E a história demonstra que foi nos Estados autoritários e totalitários que sistematicamente ocorreram crimes contra a humanidade. Os regimes militares da América Latina, inaugurados a partir dos anos 1960, são exemplos de estados de exceção autoritários, assim como o nazismo, o fascismo e o regime comunista de Stalin enquadram-se no modelo de estados totalitários.

Essa constatação, permite afirmar que há estreita relação entre Estado de Exceção e violência. É a forma jurídica da exceção que permite a violência estatal como política de estado.

No regime autoritário brasileiro, com base na teoria desenvolvida por Agamben, houve a instauração de estado de exceção, na medida em que caracterizadas as condições descritas pelo autor. Estes requisitos consistem principalmente na concentração de poderes na figura do chefe do poder executivo, inclusive o de legislar, o aniquilamento da distinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, bem como a supressão dos direitos e garantias individuais. A presença destas condições será exposta na sequência através dos seguintes tópicos: i) quanto ao estado de necessidade; ii) quanto à autoridade para decretação da exceção; iii) quanto aos elementos do estado de exceção.

A exceção desde sua origem no direito romano (*iustitium*), é decretada em razão de uma situação de emergência, a qual pode ser uma guerra externa, uma guerra civil, uma insurreição. Nos séculos XVIII e XIX, essa caracterização da emergência foi alargada para abarcar também crises de natureza econômica. Todas essas situações moldam o denominado estado de necessidade.

No caso brasileiro, o estado de necessidade era a propalada ameaça comunista e a doutrina da segurança nacional<sup>107</sup>. A ameaça comunista latente na

---

<sup>107</sup> A doutrina da segurança nacional é conceituada por Ailton Laurentino Caris Fagundes como: Em grande medida essa doutrina se embasava na teoria da guerra interna, desenvolvida nos Estados Unidos, segundo a qual a principal ameaça à estabilidade e à segurança nacional não vinha da invasão externa, mas dos grupos subversivos nacionais, que poderiam ser influenciados pelo comunismo internacional, ameaças que, para o bem da nação, deveriam ser neutralizadas ou eliminadas. Esse argumento serviu para justificar e arregimentar apoio popular à intervenção popular e serviria de base para a repressão aos opositores do regime e para buscar justificá-la diante da opinião pública já no momento imediatamente posterior ao golpe. (FAGUNDES, Ailton Laurentino Caris. **Do golpe à ditadura: a doutrina de segurança nacional e a construção do regime militar**. OPSIS, Catalão-GO, v. 14, n. 1, p. 60-78 - jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/28656/17885>>. Acesso em: 10 dez. 2019. p.12).

divisão do mundo em dois blocos influenciou a direita brasileira na consumação do golpe, tendo Elio Gaspari anotado a respeito do golpe de 1964 que:

Uma das rodas foi a do dirigismo conservador e anticomunista dos anos 50. Produto da guerra fria, esse pensamento político projetou-se sobre a direita brasileira como uma utopia planejadora, centralista, acompanhada por uma visão catastrofista da desordem administrativa e do caráter errático do voto popular.<sup>108</sup>

A gênese deste discurso fincava raízes no momento geopolítico da época, pois vivia-se o auge da guerra fria. Os Estados Unidos e a antiga União Soviética lideravam os blocos que mantinham o equilíbrio do mundo e a promessa de paz em suspenso. De um lado os países capitalistas e de outro o bloco socialista circunscrito geograficamente às repúblicas socialistas da União Soviética e aos países do leste europeu.

Em 1959, com a revolução cubana, essa intrincada medição de forças entre os blocos é movimentada para a esquerda, para o socialismo. Esse fato gera reação no outro lado, motivando os Estados Unidos a intervirem ativamente em países latino-americanos, ante o temor de revoluções populares orientadas pelo socialismo espalharem-se pelo continente.

Com o apoio dos Estados Unidos, o golpe civil-militar é consumado em 31 de março de 1964, idealizado para interromper a implantação de uma suposta república sindicalista pelo governo de João Goulart e a suposta ameaça comunista iminente.<sup>109</sup> O estado de necessidade, imprescindível para justificar o estado de exceção naquele momento, foi a denominada, doutrina da segurança nacional, a qual “traduz a ideia de uma segurança absoluta no enfrentamento de uma guerra permanente e generalizada. Nesta “guerra” não convencional, a preocupação cessa de ser o risco de agressão do território para concentrar-se no risco do controle por um ‘inimigo interno’”.<sup>110</sup> No ato institucional nº 1<sup>111</sup>, diploma que inaugura a legislação autoritária

---

<sup>108</sup> GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.211.

<sup>109</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

<sup>110</sup> FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.465.

<sup>111</sup> O preâmbulo ato institucional nº 1, tem a seguinte redação: É indispensável fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro. O que houve e continuará a haver neste momento, não só no espírito e no comportamento das classes armadas, como na opinião pública nacional, é uma autêntica revolução. A revolução se distingue de outros movimentos armados pelo fato de que nela se traduz, não o interesse e a vontade de um grupo, mas o interesse e a vontade da Nação. A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destituiu o governo

de exceção, o estado de necessidade, é justificado em razão dos procedimentos constitucionais democráticos não terem sido capazes de afastar a ameaça comunista, como expressamente dito no preâmbulo do ato: “Nossa missão a cumprir de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo, como nas suas dependências administrativas” e ainda: “Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País”.

Em 1964, ano do golpe militar, o regime democrático no Brasil ainda era uma experiência débil, marcada ainda pela ausência efetiva de participação popular e relações patrimonialistas com o Estado. Exceto, o chamando intervalo democrático que vigorou entre 1946 e 1964, período em que ocorreram eleições periódicas, a história brasileira foi caracterizada por rupturas institucionais e governos autoritários.

Essa debilidade da experiência democrática brasileira naquele momento, foi usada pelos militares como um dos valores para justificar o regime de exceção. A

---

anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação. Em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica resolve editar o seguinte. (BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019).

doutrina oficial da ditadura militar considerava que: “a sociedade brasileira ainda não alcançou o estágio de desenvolvimento político e social que lhe permitia a prática de uma “verdadeira democracia”.

Luciano Martins<sup>112</sup> menciona como segundo argumento de justificação do regime utilizado pelos militares um motivo de ordem econômica, expresso na necessidade de desenvolvimento capitalista, com forte intervenção do Estado e internacionalização.

Essas características moldaram o modelo dos regimes burocráticos-autoritários, como é o caso brasileiro:

Essas duas características justificam a inclusão do Brasil pós-1964 na categoria dos regimes burocráticos-autoritários, além de revelarem qual a sua provável função histórica, a saber, a tarefa ‘evolucionária’ de promover, generalizar e garantir um modo de expansão capitalista baseado na forte intervenção estatal, na organização oligopolista da produção e na internacionalização da economia.<sup>113</sup>

A instituição do estado de exceção pode ter origem na Constituição através de previsão no texto constitucional, como são os mecanismos do estado de sítio e do decreto-lei. Nesse caso, compete ao Chefe do Poder Executivo a decisão sobre a exceção, a qual geralmente deve ser chancelada pelo Parlamento. A outra hipótese de instituição de estado de exceção é a força e a revolução.

No Brasil, o estado de exceção foi instituído pela força, através de um golpe militar, com o uso do aparato militar e apoio de setores da sociedade civil. O ato institucional nº 1, que dá forma legal a exceção declara que o poder constitucional anterior fica destituído pela “revolução” e

Só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988. p.114.

<sup>113</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988. p.114.

<sup>114</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

O estado de exceção foi instituído pela força, tendo os militares conceituado o golpe como uma revolução vitoriosa que se investe no Poder Constituinte, conforme expressamente consignado no preâmbulo do ato institucional nº 01:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte.<sup>115</sup>

Os elementos que caracterizam o estado de exceção são fundamentalmente: a concentração de poderes no chefe do poder executivo, com a outorga do poder de legislar e o conseqüente aniquilamento da distinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário.

No regime autoritário brasileiro, foram implementadas as medidas essenciais que caracterizam a exceção: concentração de poderes, outorga do poder de legislar ao poder executivo e interferência nos demais poderes.

Embora presentes os elementos caracterizadores da exceção, o regime autoritário brasileiro manifestou-se de forma ambígua, preservando a ordem constitucional democrática anterior e, ao mesmo tempo, limitando-a através de atos institucionais. O artigo 1º, do Ato Institucional nº 1, dispõe que: “São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato.”<sup>116</sup> Assim, mantém a Constituição democrática, mas subverte completamente os princípios democráticos ao prever que é outorgado ao regime o poder de editar normas sem que seja limitada pela constituição anterior:

Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular.<sup>117</sup>

---

<sup>115</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>116</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

<sup>117</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964.** Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.



A dubiedade consciente entre uma fachada pretensamente democrática e a prática excepcional vai permanecer até o final do regime, alternando-se períodos repressivos e de distensão. O poder legislativo vai oscilar, ora funcionando com restrições de poderes, ora vai ser fechado. No ato institucional nº 1, o regime reforçando sua ambiguidade e contradição, anuncia manter o Parlamento, mas com reservas: “Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional.”<sup>118</sup>

Pouco tempo depois do início do regime autoritário, em 1965, através do ato institucional nº 2, em seu artigo 18, são extintos os partidos políticos e instituídos pela Lei nº 4740/65, apenas dois partidos, um representado a situação e outro de oposição, respectivamente a ARENA - Aliança Renovadora Nacional e o MDB – Movimento Democrático Brasileiro. O estado de exceção implantado pelo regime era mitigado por instituições democráticas controladas e com poderes reduzidos. Outras medidas de exceção previstas neste ato institucional eram a prerrogativa conferida ao Presidente da República, de decretar o recesso do Congresso Nacional, bem como o estado de sítio sem consulta ao poder legislativo.

Neste momento, o Congresso Nacional funcionava com restrições e o pluralismo político foi extinto, permitindo-se a existência de um único partido de oposição, situação denominada pelos historiadores como uma espécie de oposição consentida.

A ambivalência do regime autoritário se revela na coexistência do aparato legal do estado de exceção e de procedimentos democráticos. É mais um exemplo de Estado dual, caracterizado pela vigência da ordem constitucional anterior ao lado de uma estrutura legal de exceção.

Essa dualidade adotada pelo regime autoritário em manter procedimentos da ordem constitucional democrática aconteceu, também, na persecução penal dos opositores políticos processados com base na Lei de Segurança Nacional. Anthony Pereira, demonstra que nos julgamentos dos Tribunais Militares o direito de defesa foi efetivo em alguns casos, tendo os advogados dos presos políticos utilizado as brechas do sistema e alcançado absolvições. Estes processos penais regidos por rito procedimental complexo, leva o autor a indagar sobre os motivos desta opção,

---

<sup>118</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

pois se afinal chegaram ao poder pela força, por que não seguem através da violência, deixando de mascarar uma legalidade inexistente:

Por que razão os regimes autoritários se dão ao trabalho de lançar mão de manobras legais, alterações das leis, procedimentos formais complexos e demorados e de levar oponentes aos tribunais? Se chegaram ao poder através da força, por que não continuam a exercê-lo, única e exclusivamente, por meio da força, desistindo de fingir uma legalidade inexistente? Uma vez que a maioria deles não o faz, tentando, em vez disso, judicializar sua repressão, por que alguns regimes alcançam essa judicialização de forma mais ampla e efetiva que outros? E, também, por que alguns são mais radicais que outros na maneira de lidar com a legalidade anterior?<sup>119</sup>

Ao lado desta aparente legalidade democrática, coexistia estrutura legal de exceção que funcionava alheia a qualquer legalidade, a qual através de seus agentes públicos praticaram de forma sistemática graves violações de direitos humanos. E essa ação subterrânea de terror criou um sistema penal paralelo, descrito por Zaffaroni, como um sistema que:

Eliminava mediante detenções administrativas ilimitadas (invocando estados de sítio, de emergência ou de guerra que duravam anos) e um sistema penal subterrâneo, que procedia à eliminação direta por morte e ao desaparecimento forçado, sem nenhum processo legal.<sup>120</sup>

O ato institucional nº 5<sup>121</sup>, que fechou o Parlamento e suspendeu o *habeas corpus*, promulgado no dia 13 de dezembro de 1968<sup>122</sup>, moldou legalmente um

<sup>119</sup> PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.76.

<sup>120</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.51.

<sup>121</sup> O ato institucional nº 5, baixado em 13 de dezembro de 1968, tem a seguinte redação: Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional. Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. § 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios. § 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único - Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei. Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos. Art. 5º - A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa, simultaneamente, em: I - cessação de

estado de exceção. O ato institucional outorgou poderes ao Presidente da República, para decretar o fechamento dos parlamentos nos três níveis da federação, consoante previsto no artigo 2º:

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. O habeas corpus, garantia individual essencial ao Estado de direito democrático, pois protege o cidadão de prisões arbitrárias do Estado, foi suspenso para os casos de crimes políticos, contra a segurança nacional e a ordem econômica, no artigo 10º: 'Art. 10 - Fica suspensa a garantia de

---

privilégio de foro por prerrogativa de função; II - suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III - proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de natureza política; IV - aplicação, quando necessária, das seguintes medidas de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado, § 1º - O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. § 2º - As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo Ministro de Estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário. Art. 6º - Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. § 2º - O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Art. 7º - O Presidente da República, em qualquer dos casos previstos na Constituição, poderá decretar o estado de sítio e prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo. Art. 8º - O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único - Provada a legitimidade da aquisição dos bens, far-se-á sua restituição. Art. 9º - O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas de e do § 2 do art. 152 da Constituição. Art. 10 - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos. Art. 12 - O presente Ato Institucional entra em vigor nesta data, revogadas as disposições em contrário. (BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2019).

<sup>122</sup> O autor comenta que a história as vezes conta também com a força da palavra para mudar seus rumos. Na reunião que antecedeu a decretação do AI-5, a força do discurso balançou as consciências dos presentes. Nessa reunião a palavra não mudou o rumo da história, mas o discurso contrário ao AI-5 feito pelo vice-presidente civil Pedro Aleixo, foi tão contundente que ficou ecoando na sala, nas consciências. E foi neste contexto que o então ministro Jarbas Passarinho proferiu frase que se tornou célebre: "As favas os escrúpulos de consciência". Ventura descreve essa situação assim: "O tom sereno do discurso do vice-presidente, a segurança da argumentação e a coragem de enfrentar uma plateia contrária, iriam impressionar até que dele discordava, como o então major D'Aguiar, que ainda se comove com a lembrança: "Ele parecia tocado pelo Divino Espírito Santo: fez uma corajosa, emocionante, brilhantíssima exposição." (VENTURA, Zuenir. **1968**: o ano que não terminou. São Paulo: Objetiva, 2013. p.293-294).

habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular'.<sup>123</sup>

Além do Parlamento, o Poder Judiciário sofreu restrição com esta medida, pois foi impedido de apreciar atos praticados com base no ato institucional nº 5, conforme expressamente disposto no artigo 11º: “Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.<sup>124</sup>

A concentração dos poderes nas mãos do Executivo e o consequente esvaziamento dos demais poderes, constituiu uma das características fundamentais do Estado de exceção, como apontado por Agamben. O Supremo Tribunal Federal, conforme demonstra Danilo Pereira Lima em sua tese de doutorado, ao longo da ditadura foi perdendo sua autonomia, em um crescente processo de subordinação aos interesses do Poder Executivo, chefiado pelos militares. Pereira Lima<sup>125</sup> menciona que o Presidente do STF, Ministro Ribeiro Costa apoiou o golpe, admitindo inclusive a relativização dos direitos e garantias fundamentais, supostamente em nome do retorno da normalidade institucional. O fato é que essa normalidade institucional não retornou e o STF passou a sofrer constantes ataques em sua independência. O controle do STF, por parte do Executivo, acabou consolidando-se mediante manobras casuísticas, como o aumento do número de ministros de 11 para 16, sendo que obviamente os cinco indicados apoiavam o regime. Além disso, o Ato Institucional nº 5, cassou os Ministros Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal. Segundo Pereira Lima, o STF tornou-se uma Corte enfraquecida:

Se antes o regime tinha fortes motivos para se preocupar com os *habeas corpus* concedidos pelo STF, a partir do Ato Institucional nº 5º remédio constitucional foi suspenso para os presos políticos enquadrados na lei de segurança nacional; a Corte perdeu sua autonomia institucional para

---

<sup>123</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2019.

<sup>124</sup> BRASIL. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2019.

<sup>125</sup> LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964**. 2018. 286f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172>>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 207-217.

contrariar os grandes interesses do Exército; as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade foram suspensas; e a Justiça militar assumiu a função de manter os opositores do regime encarcerados.<sup>126</sup>

O disposto no artigo 11º, do AI5, contém elemento essencial para a caracterização do Estado de exceção, qual seja a subordinação do Poder Judiciário ao Poder Executivo, chefiado pelos militares. O AI-5 vigorou até dezembro de 1978, momento em que se iniciava processo de abertura no regime autoritário e o movimento pela anistia ampla, geral e irrestrita dominava o debate político.

O estado de exceção brasileiro, ao contrário dos períodos de exceção das democracias europeias do período entre guerras, não resultou na instauração de um estado totalitário. Na classificação de Carl Schmitt<sup>127</sup>, vigorou na primeira fase do regime uma ditadura comissária e na segunda fase uma ditadura soberana. E com base na teoria de Agamben, a ditadura brasileira não levou a instauração do totalitarismo em razão da ausência de um líder, uma pessoa que encarnasse a autoridade de um regime totalitário, pois: “quando tendem a coincidir numa só pessoa, quando o estado de exceção em que eles se ligam e se indeterminam torna-se a regra, então o sistema jurídico-político transformar-se em uma máquina letal.”<sup>128</sup> Outra característica que dissocia a ditadura civil-militar brasileira do totalitarismo é a ausência da pretensão de controle total dos cidadãos, e por conseguinte, o fim da liberdade política não afetou a vida privada.<sup>129</sup>

No regime autoritário brasileiro o poder não se concentrou na figura de uma pessoa, de um líder carismático, diferentemente do que ocorreu no nazismo e no fascismo onde a autoridade do: “ductor ou do Führer nunca pode ser derivada, mas

---

<sup>126</sup> LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. 2018. 286f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172>>. Acesso em: 15 jun. 2021. p. 217-218.

<sup>127</sup> Em seu livro sobre a ditadura Schmitt, define a ditadura soberana como aquela em que com base num dispositivo previsto na Constituição, instaura-se uma ditadura que pretende permanecer no poder, mediante a imposição de uma nova constituição. A ditadura civil-militar brasileira, de acordo com esta classificação, enquadra-se como soberana, pois o regime autoritário embora tenha coexistido inicialmente com a Constituição de 1946, com o passar do tempo acabou por derrogá-la. A ditadura comissária, ao contrário suspende a Constituição para defender sua existência. O ditador comissário suspende a Constituição para torná-la vigente novamente depois de superada a causa que justificou sua instauração. (SCHMITT, Carl. **La Dictadura**. Alianza Editorial: Madrid, 2001. p.137).

<sup>128</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.131.

<sup>129</sup> Arendt, sobre o fato das ditaduras não interferirem na vida privada, diz: “Além disso, conhecemos ditaduras modernas como novas formas de governo, nas quais os militares tomam o poder, abolem o governo civil e privam os cidadãos de seus direitos e liberdades políticas, ou um partido se apodera do aparato do Estado às custas de todos os outros partidos e assim de toda a oposição política organizada. Os dois tipos significam o fim da liberdade política, mas a vida privada e a atividade não política não são necessariamente afetadas.” (ARENDR, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.95).

é sempre original e deriva de sua pessoa”, sendo que: “o poder autoritário-carismático emana quase magicamente da própria pessoa do Führer.”<sup>130</sup> Essa situação pode explicar por que a ditadura brasileira não caracterizou um estado totalitário. O regime autoritário, alternou os ditadores e o poder que sustentou o regime não derivava da figura de uma pessoa, de um líder carismático, mas da força do aparato militar.

Mas afinal de contas, qual o fundamento do poder para decretar o estado de exceção? No “*iustitium*” da Roma republicana, o Senado detém a autoridade para suspender o direito, depois de provocado através do poder (*potestas*) dos magistrados e do povo. Mas essa autoridade é uma ficção metajurídica: O sistema jurídico do Ocidente apresenta-se como uma estrutura dupla, formada por dois elementos heterogêneos e, no entanto, coordenados: um elemento normativo e jurídico em sentido estrito –...*potestas* – e um elemento anômico e metajurídico – que podemos designar pelo nome de *auctoritas*.<sup>131</sup>

O fundamento último da exceção é uma ficção jurídica que outorga força para a autoridade decretar esse estado de suspensão e de anomia da sociedade. E a sobreposição em última análise da vida ou da força para impor o autoritarismo e a exceção permanente.

A ditadura civil-militar brasileira, portanto, caracterizou um regime de exceção, que imprimiu a característica fundamental destes regimes para a manutenção no poder: a violência. O regime institucionalizou a violência, de forma organizada no aparato estatal. Esse aparato estatal de exceção perpetrou durante a vigência da ditadura graves violações de direitos humanos, caracterizando o que se denominou terrorismo de Estado. Tais violações tipificam crimes contra a humanidade, os quais conforme será examinado na sequência, perante o Direito Internacional e a jurisprudência dos Tribunais internacionais, são imprescritíveis e devem ser investigados e punidos.

Não obstante, a violência organizada pelo Estado, a responsabilização dos agentes que perpetraram violações de direitos humanos, é individual. Segundo Arendt: “Não existem coisas como culpa coletiva ou a inocência coletiva. A culpa e a

---

<sup>130</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.127-128.

<sup>131</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.130.

inocência só fazem sentido se aplicada aos indivíduos.”<sup>132</sup> Essa reflexão de Arendt dá-se no contexto do julgamento de Eichmann, que não pode simplesmente dizer que cumpriu ordens ou que era apenas um dente na engrenagem do regime nazista. No Tribunal, não estava em julgamento o regime ou a história, mas a pessoa que cometeu crimes.<sup>133</sup>

## 2.3 Transições de regimes autoritários para democracias na Europa e na América Latina

Nesta subparte, serão analisados os processos de transição política de regimes autoritários na Europa e na América Latina. Estes processos de mudança política são indispensáveis para a sequência do estudo, pois é a partir destas transições que se origina o campo da justiça de transição.

A justiça transicional, portanto, busca justamente enfrentar o legado das violações de direitos humanos perpetrados por regimes autoritários. Desta forma, o estudo das transições é indispensável para se verificar as medidas de persecução criminal implementadas ou não nesta fase, bem como para permitir o exame das possibilidades e concretização do pilar da justiça, tema principal da pesquisa.

### 2.3.1 Na Europa

A justiça de transição está ligada à “concepção de justiça associada a períodos de mudança política.”<sup>134</sup> Ruti Teitel, divide em sua genealogia, três fases, sendo que a primeira tem início no período pós-Segunda Guerra Mundial e se estende até o começo da guerra fria.

---

<sup>132</sup> ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.91.

<sup>133</sup> Arendt sobre esse aspecto escreve: “E por que você se tornou um dente na engrenagem ou continuou a sê-lo nessas circunstâncias? Se o acusado deseja transferir as responsabilidades, ele deve mais uma vez implicar outras pessoas, deve nomeá-las, e essas pessoas aparecem então como possíveis corréus e não a encarnação da necessidade burocrática ou de qualquer outro tipo. O julgamento de Eichmann, como todos os julgamentos desse tipo, teria sido desprovido de todo interesse se não tivesse transformado o dente da engrenagem ou o referente da Seção IV B4 do Departamento Central de Segurança do Reich num homem. Só por essa operação ter sido realizada com sucesso antes do início do julgamento é que a questão da responsabilidade pessoal, e, portanto, da culpa legal, pôde realmente surgir.” (ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.94).

<sup>134</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.135.

Nesta primeira fase, a justiça nestas mudanças políticas estava relacionada fundamentalmente com a ideia de responsabilização, de punição, sendo que a novidade no caso da primeira fase foi o uso do Direito Penal Internacional e mais do que isso, a punição não do Estado, como acontecia no Direito de Guerra até então, mas de indivíduos:

A grande inovação da época foi o uso do Direito Penal Internacional e o alcance de sua aplicação, que para além do Estado, atingiu o indivíduo. O sistema jurídico internacional permitiu responsabilizar os mais altos escalões do Reich pelos crimes de agressão e de perseguição.<sup>135</sup>

Entretanto, não foi só a experiência aterradora e sem paralelo da violência da guerra e do nazismo que orienta a transição em direção à necessidade de punição dos responsáveis. A ocupação pela Alemanha de países como a França, Bélgica, Holanda entre outros, será o motivo e pano de fundo para a primeira onda de punições. Penas estas impostas em alguns casos executadas à margem de sistemas de justiça estatais, mas afinal toleradas, em razão do contexto traumático do pós-guerra.

A ideia de justiça de transição surge como produto de uma demanda por uma mudança de concepção do que seja o direito em sua relação com a justiça, uma vez que o arcabouço do direito positivo dos países envolvidos na II Guerra Mundial (e mesmo o incipiente direito internacional da época) não permitiam soluções minimamente razoáveis para os problemas que se apresentavam, dada a completa desconfiguração dos sistemas legais, morais, lógicos e mesmo de bom senso produzidos pela experiência totalitária.<sup>136</sup>

O primeiro grande exemplo de uma dessas práticas é, sem dúvida, o tribunal de Nuremberg, que coloca as medidas transicionais sob a égide do Direito Internacional.<sup>137</sup> Este julgamento adquiriu dimensão que ultrapassou a questão da justiça e da punição aos nazistas e criminosos de guerra, pois foram importantes também para a preservação da memória, como apontou Tony Judt:

É, portanto, difícil saber até que ponto os julgamentos dos nazistas contribuíram para a reeducação política e moral da Alemanha e dos

---

<sup>135</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.141.

<sup>136</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.48.

<sup>137</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.49.



alemães. Muitos reclamaram dos processos definindo-os como ‘justiça de vencedor’, e isso é o que, de fato, eles foram. Mas foram também julgamentos legítimos de criminosos autênticos acusados de comportamentos nitidamente delituosos, e abriram precedentes vitais para a jurisprudência internacional nas décadas subsequentes. Os julgamentos e as investigações realizadas entre 1945 e 1948 (quando desfeito o Tribunal de Crimes de Guerra instituído pela ONU) trouxeram à tona uma quantidade extraordinária de documentação e depoimentos (em especial no que dizia respeito ao projeto germânico de extermínio dos judeus na Europa), precisamente no momento em que os alemães e outros povos estavam dispostos a esquecer o passado o quanto antes.<sup>138</sup>

### 2.3.2 Na América Latina

Na América Latina, nas décadas dos anos 1960 e 1970, os países do Cone Sul, experimentaram regimes autoritários, todos eles originadas de golpes militares. Estes regimes buscavam legitimação, amparados em discurso por um lado exagerado, no sentido de que enxergavam como real a ameaça comunista e, paradoxal, quando afirmavam que os golpes violentos buscavam restaurar a democracia. No plano econômico, conforme demonstra Jayme Yaffe<sup>139</sup>, o projeto estava ligado à implantação de políticas neoliberais. O êxito destes regimes, ligados ao bloco capitalista liderado pelos Estados Unidos, dependia do êxito deste modelo e do desenvolvimento econômico destes países.

Nos anos 1980, estes regimes autoritários entraram em colapso por variadas causas, destacando-se motivos de economia interna, como falência do projeto econômico, falta de legitimidade, aliados ao contexto regional e global.

As transições ocorreram de modos e formas diferentes. Elas são condicionadas pelas relações de poder, pelo capital político que cada ator detém no processo, enfim ocorrem nos limites das condições sociais e políticas do momento. Existem transições contínuas e descontínuas, sendo que o desfecho destes processos pode resultar em três hipóteses: “transformação em outro regime ‘autoritário’, transformação num regime ‘democrático’ ou, por fim, transformação num regime ‘totalitário’”.<sup>140</sup> Essas mudanças de regime político, segundo classificação de

<sup>138</sup> JUDT, Tony. **Pós-guerra**: uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p.68.

<sup>139</sup> YAFFE, Jayme. La dictadura uruguaya (1973-1985): nuevas perspectivas de investigación e interpretación historiográfica. **Estudios Ibero-Americanos**, PUCRS, v. 38, n. 1, p. 13-26, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/11583>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

<sup>140</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988. p.110.

Schmitter<sup>141</sup>, podem dar-se de quatro maneiras: tomada de poder, transferência de poder, rendição de poder e derrubada do poder. No caso brasileiro, a transição para a democracia, pode ser classificada como um processo de transferência de poder, longa e contínua, com avanços e recuos, controlada pelo governo. Durante esse processo de liberalização do regime, o regime autoritário editou diversas leis casuístas para lhe garantir a maioria no Congresso Nacional, como é o caso dos senadores “biônicos”.<sup>142</sup>

Este tipo de processo é totalmente controlado pelo regime e por isso um dos pontos de maior controle é a questão da anistia para os agentes do Estado. Torelly aborda as características deste processo de liberalização controlado pelo regime:

Em tais processos, as transformações sociais rumo a democracia não são pautadas nem pelo retorno da legalidade nem por uma ruptura com o regime, mas, sim, pelo próprio regime, que estabelece o tempo, os prazos, as etapas e as condições em que se promoverão as mudanças que podem, eventualmente, conduzir a uma democracia.<sup>143</sup>

No Brasil, os militares controlaram o processo de transição, o qual levou mais de uma década, podendo admitir-se que iniciou em 1976, com a indicação de Geisel para presidente e terminou com a posse de Collor em março de 1990. No Chile e no Uruguai, as transições igualmente foram pactuadas e controladas pelos militares, em maior grau no Chile. Contudo, nos dois casos a transição deu-se em razão de resultados de consultas populares instituídas pelos próprios militares. O caso argentino é o único que destoa deste padrão, pois a transição decorreu de colapso do regime em razão da derrota na Guerra das Malvinas.

O tema da responsabilização penal dos agentes da repressão das ditaduras militares, tem relação com o modelo de transição. Nos casos em que os militares pactuaram a transição, a exigência de impunidade tornou-se possível, ao passo que no caso argentino, os militares não possuíam recursos de poder capazes de fazer essa exigência.

---

<sup>141</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988. p.81.

<sup>142</sup> Os senadores biônicos foram criados através de decreto-lei, no chamado pacote de abril, conjunto de decretos-lei, cujo objetivo era conforme escreve Boris Fausto: “impedir que o MDB viesse a ser majoritário no Senado. Os senadores biônicos foram eleitos, ou melhor, “fabricados”, por eleição indireta de um colégio eleitoral, organizado de forma a tornar muito difícil a vitória da oposição.” (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.493).

<sup>143</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.76.

Em artigo publicado em obra clássica para a compreensão das transições dos regimes autoritários na América Latina<sup>144</sup>, Luciano Martins advertia em texto escrito em 1983, que a transição do regime autoritário brasileiro – que foi longa e durou mais de uma década – autopromovida e controlada pelo Governo, foi condicionada a qualquer forma de responsabilização, mesmo antes da Lei de Anistia. Em 1977, por exemplo, o governo Geisel alterou a constituição para incluir dispositivo que: “excluía a apreciação judicial com relação a qualquer ato do regime, desde 1964, coberto pelas leis de exceção.”<sup>145</sup>

Nas transições pactuadas da América Latina, a exigência inicial e importante feita pelos militares foi a edição de leis de anistia, as quais objetivaram garantir a impunidade dos agentes do Estado, autores de crimes e graves violações aos direitos humanos. O instituto da anistia, nos contextos de mudança política, perdeu seu caráter de exceção a aplicação da legislação penal<sup>146</sup>, passando a ser adotado como mecanismo indispensável para o êxito de transições políticas negociadas:

A anistia se tornou um tema relevante para a justiça de transição quando, nas últimas décadas do século XX, deixou de ser considerada como uma exceção à aplicação regular do direito para passar a ser uma política amplamente adotada nas mudanças entre regimes políticos e em situações pós-conflito, sob o fundamento de que seria necessária para a obtenção da pacificação e da reconciliação nacional.<sup>147</sup>

A emergência da justiça de transição na América Latina é demarcada, portanto, com a edição de leis de impunidade. Diversamente do que ocorreu na Europa, a justiça de transição começa justamente com a falta de justiça, como

---

<sup>144</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988.

<sup>145</sup> MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O'DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988. p.125.

<sup>146</sup> A anistia é um instituto de clemência no Direito. Os institutos de clemência previstos na legislação penal são os seguintes: anistia, graça ou indulto e prescrição. A anistia pode ser definida como: “ato do poder soberano que imuniza pessoas contra qualquer processo penal por crimes passados”. Graça é “a medida de clemência que retira, no todo ou em parte, a execução da pena a um condenado”. Prescrição, por fim, é o: “modo de extinção da ação judicial e/ou execução de uma condenação penal após o escoamento de certo prazo fixado em lei.” (FABRI, Hélène Ruiz. Introdução Geral. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. **Clemência e Direito: Anistia, Prescrição e Graça no Direito Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.5-13).

<sup>147</sup> OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. p.37.

salienta Quinalha.<sup>148</sup> A impunidade nesse primeiro momento resulta das contingências políticas da transição.

Segundo Quinalha, essas concessões poderiam ser comparadas a um verdadeiro estado de necessidade, o qual justificaria o nascimento de transições, marcadas pela impunidade, pois: “é preciso conciliar demandas por justiça, garantidas pelo sistema jurídico e legitimadas pela dimensão ética, com imperativos de estabilidade de ordem política.”<sup>149</sup>

A expressão mais clássica dessa equação ganha forma nas leis de anistia, que sacrificam justiça desde um dado ponto de vista jurídico (aquele presente no ordenamento que tipifica o delito) na busca por garantir o estabelecimento ou manutenção de um nível administrável de paz social em dado momento concreto.<sup>150</sup>

Esse modelo foi hegemônico no continente, notadamente porque os processos de transição rumo a democracia foram dirigidos pelo Estado autoritário, o qual condicionou-a a garantia de impunidade de seus agentes. Essa impunidade, conseqüentemente, abarcou graves violações de direitos humanos, como crimes contra a humanidade e genocídios.

A anistia, no caso brasileiro, foi precedida de medidas liberalizantes, como são exemplos a revogação do ato institucional nº 5, o retorno do pluripartidarismo e eleições para governadores no Brasil. Segundo Quinalha<sup>151</sup>, as transições políticas para regimes democráticos se desenrolam em duas fases: liberalização e democratização. Na primeira fase, a liberalização compreende medidas que integram as liberdades civis, típicas do liberalismo clássico, como: “liberdades de expressão, organização e participação políticas.”<sup>152</sup>

As leis de anistia, possuem importância central para o presente estudo, na medida em que foram estas leis que propiciaram a impunidade do terrorismo de Estado, especialmente no caso brasileiro. O quadro abaixo, demonstra a edição destas leis, nos países do Cone Sul:

---

<sup>148</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.174-175.

<sup>149</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.174.

<sup>150</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.52.

<sup>151</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.181.

<sup>152</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição: Contornos do Conceito**. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.181.

Quadro 1 – Leis de Anistia

País	Ano	Leis de Anistia
Argentina	1983	Lei 22.924 de 23 de março de 1983, conhecida como Lei da Pacificação Nacional, a qual extinguiu as ações penais relativas a crimes ocorridos por motivos de pôr fim a atividades terroristas ou subversivas.
Brasil	1979	Lei 6683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu anistia a todos que durante a ditadura cometeram crimes políticos ou conexos com estes. <sup>153</sup>
Chile	1978	Decreto-Lei 2191, prevendo a concessão de anistia a todos crimes políticos durante o estado de sítio, no período entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978. <sup>154</sup>
Uruguai	1986	Lei 15848, que anistiou os crimes praticados por militares e policiais durante a ditadura, conhecida como: Lei de caducidade e da pretensão punitiva do Estado. <sup>155</sup>

Fonte: Elaborado pelo autor, 2021.

### 2.3.3 Na Argentina

A Argentina é o país que mais difere dos modelos de análise das transições nos países do Cone Sul. No campo institucional os militares argentinos não tiveram a preocupação dos demais países, no sentido de revestirem o regime de aparentes procedimentos democráticos. Não baixaram Constituição de “democracia dirigida”, não criaram partidos políticos, não permitiram oposição política, como no caso brasileiro, tampouco realizaram eleições, como se verificou nos demais países.

No caso da responsabilização penal pelo terrorismo de Estado, os militares antes de efetivamente entregarem o poder, editaram a lei de autoanistia, intitulada Lei de Pacificação Nacional<sup>156</sup>, a qual concedia anistia a todos os crimes cometidos com motivação terrorista ou subversiva. Contudo, dada a fragilidade do regime, esta lei foi revogada no início do governo Alfonsín, em 1983.

<sup>153</sup> Informações constantes do livro: Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória de Caroline Silveira Bauer. (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória.** Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.175-190).

<sup>154</sup> MILLALEO, Salvador. La Justicia de Transición em el Cono Sur como História Global. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.73.

<sup>155</sup> SIMON, Jan-Michael; PALERMO, Pablo Galain. La imprescritibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas em Uruguay (1973-1985). In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.156.

<sup>156</sup> O artigo 1º da Lei de Pacificação Nacional previa: “Declaram-se extintas as ações penais emergentes dos delitos como motivação ou finalidade terrorista ou subversiva, desde 25 de maio até 17 de junho de 1982. Os benefícios outorgados por esta lei também se aplicam a todos os fatos de natureza penal realizados na ocasião com o motivo de desenvolver ações dirigidas a prevenir, conjurar ou terminar as referidas atividades terroristas ou subversivas, qualquer tenha sido a natureza do bem jurídico lesionado. Os efeitos desta lei alcançam os autores, participantes, instigadores, cúmplices ou ocultadores e compreende os delitos comuns conexos e os delitos militares conexos.” (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória.** Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.151).

O caso argentino, sob a análise da tipologia proposta por Felipe Aguero<sup>157</sup>, mostra que foi o único que se deu por colapso do regime. Esse final abrupto da ditadura militar decorreu da derrota da Argentina na Guerra das Malvinas, declarada contra Inglaterra com o objetivo justamente de legitimar o governo autoritário. A derrota militar, aliada à crise econômica provocou o colapso do regime. Em tal forma de transição, os protagonistas do regime anterior não possuem força e poder de barganha para ficarem impunes pelos crimes cometidos durante a ditadura. De acordo com Linz e Stepan: “Se o regime anterior era militarizado e se o caminho para a transição deu-se através de derrota militar e colapso do regime, a posição relativa dos militares será conseqüentemente ‘fraca’. Seus dois exemplos São a Argentina e a Grécia”.<sup>158</sup>

Na mesma linha de pensamento, Salvador Millaleo:

En Argentina, la derrota militar em la guerra de las Malvinas y la profunda crisis económica detonaron una transición caracterizada por la ruptura, em la cual los elementos del régimen militar pierden em um primer momento gran parte de su influencia sobre la nueva democracia, lo cual marcará intento de justicia de transición inicialmente caracterizado por la persecución penal efectiva.<sup>159</sup>

A rendição argentina na Guerra das Malvinas, deflagrou o fim de regime autoritário e o início da transição para a democracia. Com a renúncia do General Galtieri, assumiu o General da reserva Reynaldo Bignone, para conduzir o país até a eleição marcada para outubro de 1983, eleição na qual venceu o candidato da Unión Cívica Radical, Raul Alfonsín.<sup>160</sup>

<sup>157</sup> Tipologia citada por Linz e Stepan, In: LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.228.

<sup>158</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.228.

<sup>159</sup> MILLALEO, Salvador. La Justicia de Transición em el Cono Sur como História Global. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.17.

<sup>160</sup> Segundo Caroline Bauer esse processo transcorreu assim: “O final do Proceso de Reorganización Nacional, nome dado pelos militares à ditadura instaurada em 24 de março de 1976, decorreu de um compromisso e de um pacto de transição entre os militares e setores colaboracionistas, solução esperada em decorrência da fragilidade do regime. A derrocada da ditadura de segurança nacional argentina também não se deve à mobilização popular contra a repressão e o regime autoritário. A capitulação argentina na Guerra das Malvinas, em 15 de junho de 1982, pode ser considerada o início da transição política, embora não represente o começo da crise que levou ao término da ditadura civil-militar. A própria decisão de realizar uma guerra contra a Inglaterra pelo domínio das Ilhas Malvinas, com a intenção de despertar o nacionalismo, já é um reflexo da crise de legitimidade do regime. A derrota militar implicou a mudança dos integrantes da Junta Militar. O general Reynaldo Bignone assumiu o lugar de Leopoldo Galtieri e anunciou eleições para outubro de 1983, quando se elegeu Raul Alfonsín. (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.117).

Apenas três dias após sua eleição, o Presidente Alfonsín<sup>161</sup> promulgou os decretos 157 e 158, nos quais determinava a abertura de processos penais para julgamento das lideranças das organizações guerrilheiras<sup>162</sup> e dos componentes das Juntas Militares que comandaram o país. Para que estes processos fossem possíveis, a lei de anistia foi revogada pela Lei nº 23.040, de 22 de dezembro de 1983, tendo então se iniciado: “uma discussão sobre o âmbito do julgamento dos militares, discutindo-se se seriam julgados pela Justiça comum ou pela militar”.<sup>163</sup>

A justiça comum definiu-se como competente para os julgamentos, tendo em 9 de dezembro de 1985 sido prolatada sentença que condenou à prisão perpétua os componentes da primeira junta, Jorge Videla e Eduardo Massera. O brigadeiro Agosti, comandante da Força Aérea, foi condenado à prisão por quatro anos e meio. Além destas penas, todos foram proibidos de exercerem cargos públicos por oito anos. Os componentes da segunda junta condenados, foram o general Viola e o almirante Lambruschini, respectivamente a dezessete e oito anos de prisão, além do impedimento de exercerem cargos públicos. Foi absolvido o brigadeiro Graffigna. Além deste, foram absolvidos os integrantes da terceira junta, Galtieri, Anaya e Lami Dozo.<sup>164</sup>

Além do julgamento dos militares que integraram as juntas militares: “entre 1985 e 1986, foram abertas 1500 causas contra militares e agentes das forças de

---

<sup>161</sup> Alfonsín após o anúncio dos decretos faz o seguinte pronunciamento à nação: “E passado gravita sombramente sobre nuestro porvenir: las violaciones extremadamente aberrantes de los derechos humanos em que incurrieram el terrorismo y la represión de este terrorismo no pueden quedar impunes. Esa impunidad significaría claudicar frente a principios éticos fundamentales, poniendo em peligro la prevención de futuras violaciones. La convicción de que es necesario hacer justicia com quienes, desde uno y outro lado, han tomado a los hombres como meros objetos manipulables para obtener ciertos fines, implica que debe derogarse y declararse insanablemente nula la ley de facto llamada de pacificación o de amnistia. Esta ley, además de ser moralmente inaceptable, resulta políticamente irresponsable, al estender sobre toda la institución militar la culpa que sólo deberia recaer sobre algunos de sus miembros. La ley de ‘pacificación’ es, por outra parte, jurídicamente viciosa porque importa la consagración de una desigualdad arbitraria, y asimismo el perfeccionamiento de la asunción de la suma del poder político.” (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.179).

<sup>162</sup> Com relação aos líderes das organizações guerrilheiras foram instaurados processos penais contra: Mario Eduardo Firmenich, Fernando Vaca Narvaja, Ricardo Armando Obregón Cano, Rodolfo Gabriel Galimbert, Roberto Cirilo Perdía, Hector Pedro Pardo e Enrique Heraldo Gorriarán Merlo. (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.178).

<sup>163</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.178.

<sup>164</sup> HILB, Claudia. A virtude da justiça e seu preço em verdade: Uma reflexão sobre os julgamentos das Juntas Militares na Argentina à luz da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul. **Novos Estudos**, n. 99, p.107-118, Jul. 2014. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002014000200107&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000200107&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 18 jun. 2020.

segurança.”<sup>165</sup> As condenações e a abertura de processos penais, provocou reação dos militares, enquanto instituição, tendo por isso ocorrido quatro levantes, no movimento denominado: “carapintadas”. Segundo Stepan:

As iniciativas de pôr na cadeia os líderes hierárquicos do governo militar anterior como ataques mortais a sua instituição. Entre abril de 1987 e janeiro de 1990, houve quatro levantes militares, de iniciativa de oficiais de patente média, que enfraqueceram a autoridade do presidente Alfonsín, desviaram sua atenção de outras tarefas políticas de importância crítica e forçaram-no a fazer concessões perigosas.<sup>166</sup>

A partir de 1989, com a eleição de Carlos Menem, foram indultadas cerca de 300 pessoas, entre integrantes das organizações guerrilheiras e militares.<sup>167</sup> Entretanto, essas medidas não comprometeram a persecução penal e a punição de figuras importantes da repressão argentina. Houve, portanto, resposta quanto às graves violações de direitos humanos praticadas pelo terrorismo de Estado, dado pelo governo democrático posterior, condição inescapável para a concretização da justiça de transição.

Em razão da declaração de nulidade das leis de anistia pelo Judiciário e Legislativo argentino, processos judiciais penais foram abertos e,

Segundo dados do Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), até agosto de 2015 eram 395 causas ativas, 2740 pessoas acusadas por crimes contra a humanidade, 146 processos finalizados, 622 condenados e 57 absolvidos.<sup>168</sup>

### 2.3.4 No Brasil

O processo que resultou na edição da Lei de Anistia brasileira, como demonstra, Glenda Mezzarobba<sup>169</sup>, foi longo e sobressaltado, tendo afinal eximido de responsabilização os agentes da repressão que praticaram crimes comuns como sequestro, lesão corporal, estupro e homicídio, por exemplo. A edição da chamada Lei da Anistia em 28 de agosto de 1979, foi o ponto culminante de um longo

<sup>165</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.183.

<sup>166</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.230.

<sup>167</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.187.

<sup>168</sup> OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. p.47.

<sup>169</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.23-52.



processo de mobilização social, com avanços e recuos que começa logo após o golpe de 1964. Como referido na subparte 2.2.1 a decretação do regime de exceção no período entre guerras, tornou-se fonte ordinária, vigendo a repressão, as liberdades por parte do regime, vão paulatinamente aumentando, com a edição dos atos institucionais, chegando ao ápice com a decretação do AI-5, que fechou o congresso e suspendeu o habeas corpus.

A proibição do uso do habeas corpus permitia a manutenção de prisões ilegais e a prática de violações de direitos humanos, incluindo a tortura tornada sistemática, política de Estado institucionalizada para dizimar a oposição. E neste contexto de denúncia e de violações aos direitos humanos, que a luta pela anistia ganha impulso na sociedade organizada, sendo capitaneada por diversas entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

Importante também foi a criação em 1978 da Comitê Brasileiro pela Anistia (CBA), o qual em sua carta de princípios resumia as pautas da oposição ao regime que em síntese defendia o restabelecimento do Estado de Direito e da democracia e de maneira imediata o fim: “absoluto das torturas, a libertação dos presos políticos e a volta dos cassados, banidos, exilados e perseguidos, a elucidação dos casos de desaparecimentos e a revogação da Lei de Segurança Nacional.”<sup>170</sup>

As entidades que na época reivindicavam a anistia realizaram encontro em 1978, em Salvador, no qual foram reafirmadas a natureza ampla, geral e irrestrita da anistia buscada e sua relação com o Estado de direito. Na denominada Carta de Salvador constou que:

A luta pela anistia é necessária e imprescindível para a obtenção de uma conquista maior: as liberdades democráticas. Na carta, defendia-se que a anistia deveria ser ampla (para todos os atos de manifestação de oposição ao regime), geral (para todas as vítimas dos atos de exceção) e irrestrita (sem discriminações ou restrições).<sup>171</sup>

A década de 70 foi um período de intensa contestação do regime por parte da sociedade civil organizada e de organismos externos, como a Anistia Internacional. No período do governo Geisel (1974-1978), vários projetos de anistia foram

---

<sup>170</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.29.

<sup>171</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.31.

protocolados no Congresso, sem aprovação.<sup>172</sup> Este governo encerrou-se sem efetivamente promover a abertura do regime,<sup>173</sup> apesar de publicamente reconhecer que: “a abertura deveria ser feita, mas feita de acordo com as diretrizes do governo, com espaço de negociação reduzidíssimo.”<sup>174</sup> Era o que o presidente definia como uma transição lenta, gradual e segura.<sup>175</sup>

Com a posse do último general como Presidente da República, João Baptista Figueredo, o qual havia se comprometido em encaminhar projeto de lei de anistia, a proposta foi finalmente enviada ao Congresso Nacional, em 27 de junho de 1979.

O projeto contém a força do autoritarismo. A proposta forma duas categorias de beneficiados. De um lado, os agentes do regime e de outro, os opositores políticos. A lei nasce desigual, tendo por isso consequências graves no campo dos direitos humanos.

No lado da oposição, o projeto excluía os condenados pela prática de terrorismo, assalto, sequestro e atentado. Além disso, essa exclusão causava outra injustiça, criticada até mesmo pelos ministros civis e militares nomeados pelo regime para comporem o Superior Tribunal Militar – STM. A crítica era quanto ao uso do

---

<sup>172</sup> Como exemplo de projetos de lei, relativos à anistia no período, citamos como significativos, os apresentados pelo deputado Florim Coutinho (MDB-RJ). Em 1975, apresentou projeto de anistia beneficiando os militantes políticos banidos do país. Em 1977, apresentou novo projeto ampliando os beneficiados com a anistia: “concedendo anistia a todos os brasileiros que, direta ou indiretamente, tivessem sido envolvidos em delitos de natureza política ou, em razão destes, tivessem sofrido punição, entre 1º de março de 1964 até a data da publicação da lei.” (MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.36).

<sup>173</sup> Apesar de não ter efetivamente implementado medidas liberalizantes, afastou de postos de comando a “linha dura do regime”, que era contrária a qualquer abertura política. Um dos exemplos deste embate é a demissão em 1975 do Ministro do Exército Sílvio Frota: “Para o governo tratava-se de uma disputa no ambiente militar, onde o rompimento seria necessário. De um lado, interpretava-se o regime como algo já corroído sem direção, disciplina ou hierarquia. Que entendia que os valores defendidos pela revolução de 64 haviam sucumbido. Do outro lado, estava a linha dura, que defendia os valores da revolução e sua perpetuação de que forma fosse, não importava a nação, sim a manutenção da sagrada instituição do exército a frente das Forças Armadas.” (MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia & Justiça de Transição**: O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF nº 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014. p.41-42).

<sup>174</sup> MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia & Justiça de Transição**: O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF nº 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014. p.42.

<sup>175</sup> O historiador Boris Fausto sobre essa diretriz afirma: “O governo Geisel se associa ao início da abertura política que o general presidente definiu como lenta, gradual e segura. Na prática, a liberalização do regime, chamada a princípio de distensão, seguiu um caminho difícil, cheio de pequenos avanços e recuos. Isso se deveu a vários fatores. De um lado, Geisel sofria pressões da linha-dura, que mantinha muito de sua força. De outro, ele mesmo desejava controlar a abertura, no caminho de uma indefinida democracia conservadora, evitando que a oposição chegasse muito cedo ao poder. Assim, a abertura foi lenta, gradual e insegura, pois a linha-dura se manteve como uma contínua ameaça de retrocesso até o fim do governo Figueredo.” (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.489-490).

termo “condenados”, e citavam o exemplo dos militantes da Aliança Libertadora Nacional (ALN):

Dos quarenta réus considerados culpados no processo referente à organização, 16 condenados já haviam cumprido pena não seriam anistiados, mas treze, que haviam sido banidos, e outros onze, que estavam foragidos, teriam direito à anistia.<sup>176</sup>

Por outro lado, abria a possibilidade de impunidade aos agentes do Estado que cometeram crimes graves, como tortura, assassinato, sequestro e desaparecimentos forçados ao prever a anistia para aqueles que cometeram crimes “conexos”, aos crimes políticos.

O projeto neste aspecto previa a concessão de anistia a todos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes e ainda aos servidores públicos que tiveram seus direitos suspensos ou punidos com base em atos institucionais. Após intensa discussão no Congresso Nacional e apresentação de vários substitutivos que tornavam a anistia ampla e irrestrita, acabou sendo aprovada a proposta do governo<sup>177</sup>, que por um lado excluía opositores e por outro, concedia impunidade aos torturadores do regime autoritário.

A Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979, que concedeu, portanto, clemência para os que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, foi o instrumento legal que permitiu a impunidade para as graves violações de direitos humanos. Essa impunidade, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, como será examinada na segunda parte deste trabalho, atenta contra os princípios do direito internacional e de modo específico contraria decisões da corte interamericana de direitos humanos, como na sentença prolatada no caso Gomes Lund.

---

<sup>176</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.38.

<sup>177</sup> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. § 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º. (BRASIL. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020).

Não obstante a impunidade para os crimes cometidas durante o regime autoritário, a justiça de transição no Brasil, promoveu ações nas searas da reparação e do direito à verdade e à memória. Para a obtenção da verdade se faz necessária investigações, para se conhecer os fatos e as circunstâncias das violações de direitos humanos. É o momento em que se dá voz as vítimas, as quais são chamadas e ouvidas. Contam suas histórias e buscam identificar os autores dos crimes. Ações relativas à preservação da memória do passado de atrocidades, situa-se no plano coletivo, no imaginário e se exterioriza em monumentos. Segundo Silva Filho:

O Direito à Verdade volta-se à necessária investigação eficaz para que as circunstâncias das graves violações de direitos humanos ocorridas em meio a situações de violência massiva da sociedade, mormente em meio a regimes ditatoriais ou a Estados que praticaram crimes contra a humanidade, possam ser esclarecidas e conhecidas, bem como os autores e vítimas de tais atrocidades. Já o Direito à Memória indica a necessidade de recordar tais fatos gravosos, sinalizando de modo coletivo para o seu repúdio, mediante gestos, feitos e políticas que aportam na dimensão cultural e simbólica e na representação cívica do passado ausente, tentando escapar da aparição desse passado como sintoma de repetição não devidamente purgado e catalisador do caráter mimético da violência.<sup>178</sup>

A busca pelo esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias e autores, enfim a verdade das atrocidades ocorridas na ditadura deve-se numa fase inicial a iniciativa do cardeal arcebispo de São Paulo, Dom Paulo Evaristo Arns, que organizou a coleta de informações junto ao Superior Tribunal Militar. Essa coleta de dados constantes dos processos penais movidos pela Ditadura contra opositores políticos foi feita por advogados dos presos, que logo após a anistia começaram a impetrar habeas-corpus, com base na Lei recém promulgada.

Esse trabalho de coleta de dados para esclarecer a verdade dos crimes, como desaparecimentos forçados, torturas e assassinatos, começou, conforme mostra Mezarobba:

numa pequena sala alugada em um prédio de escritório em Brasília. Tudo transcorreu em segredo. Dentro da sala, três fotocopiadoras eram utilizadas

---

<sup>178</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.51-52.

dez horas por dia, sete dias por semana, para dar conta dos processos que os doze advogados ligados ao projeto retiravam do STM.<sup>179</sup>

O próprio regime autoritário, portanto, ao julgar os opositores políticos com base na Lei de Segurança Nacional, em processos que documentavam inclusive as denúncias de torturas aos presos políticos, permitiu a publicação em 1985, do livro: “Brasil: nunca mais”:

Em seus doze volumes há mais de 120 tabelas estatísticas e uma vasta categoria de temas. Na seção sobre torturas, por exemplo, está a transcrição literal de todas as 1.843 denúncias de torturas encontradas na coleção. Na que trata dos atingidos estão os nomes dos 17.420 indivíduos que passaram pela justiça militar, enquanto na parte destinada aos mortos estão todos os 144 casos em que alguém testemunhou a morte de um ativista ou prisioneiro político. Presente no projeto A, também consta do livro uma lista de 125 pessoas desaparecidas, boa parte delas no Araguaia.<sup>180</sup>

No Brasil, a principal ação promovida pelo Estado brasileiro para o esclarecimento das violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade se deu com a edição da Lei nº 12.528/2011, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade, cujo objetivo tinha finalidade esclarecer as graves violações de direitos humanos.<sup>181</sup> A Comissão foi instalada em maio de 2012 e funcionou por dois anos e meio, tendo sido apresentado o relatório em 10 de dezembro de 2014. No relatório foram apontados 191 mortos e 210 pessoas desaparecidas.

No campo da reparação aos perseguidos políticos, houve a instituição de duas comissões essenciais para a reparação dos perseguidos políticos. Tais comissões foram instauradas em cumprimento à norma constitucional prevista no artigo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Constituição de 1988.<sup>182</sup> A primeira foi a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos, criada

<sup>179</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.66.

<sup>180</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.66.

<sup>181</sup> O artigo 1º dispõe: É criada, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, a Comissão Nacional da Verdade, com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. (BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011**. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>182</sup> O artigo 8º dispõe: “É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou

em 1995, que teve como objetivo reconhecer pessoas mortas ou desaparecidas políticas, bem como localizar seus restos mortais. A outra comissão criada foi a Comissão da Anistia, instituída em 2001, a qual tem como objetivo conceder reparação moral e econômica a todos aqueles atingidos por atos institucionais complementares ou de exceção.

### 2.3.5 No Chile

O caso chileno caracteriza-se pelo maior controle e poder dos militares no processo de transição para o governo democrático. Na categoria de análise proposta por Linz e Stepan esse nível de restrições impostas ao novo governo, deve-se à situação do governo que toma posse ser:

Obrigado a aceitar uma Constituição autoritária, construída pelo governo autoritário em vias de deixar o poder. Em razão de seu forte poder de barganha, o general Pinochet foi capaz de estabelecer seu preço.<sup>183</sup>

Como bem demonstram Linz e Stepan, a transição no Chile foi iniciada em razão de previsão contida na própria Constituição baixada pelo regime que estabeleceu um plebiscito para ratificar o presidente indicado. Acontece que realizada a consulta em 1988:

Como todo mundo sabe, Pinochet foi o candidato indicado e, apesar de ter recebido 44% dos votos, ele não obteve os 50,1% que lhe eram necessários para mais oito anos no poder. Esses fatos constituíram o cenário no qual aconteceram a eleição presidencial de 1989 e a transferência do poder, ocorrida em março de 1990. Esse foi também o cenário de uma transição extremamente cerceada e da transferência de poder mais democraticamente 'desleal' entre todos os nos casos do Sul da Europa e do Cone Sul.<sup>184</sup>

A Constituição vigente instituída em 1980 por Pinochet, no período da transição que antecedeu a posse do presidente civil em março de 1990, foi sendo

---

graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos." (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>183</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.244.

<sup>184</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.244.

reformada pelo regime no sentido de impor restrições ao novo governo e assegurar os interesses econômicos e de impunidade dos militares.

Essas reformas autoritárias buscaram garantir o controle do parlamento e do poder judiciário. Na tipologia proposta por Linz e Stepan, a transição completa para a democracia pressupõe a ocorrência de três componentes: primeiro, eleições livres; segundo: “que esse governo tenha autoridade para gerar novas políticas; e, terceiro, que os poderes executivo, legislativo e judiciário gerados pela nova democracia não tenha que, de jure, compartilhar poder com outras entidades.”<sup>185</sup>

Assim, com o objetivo de cercear o novo regime, foram promovidas reformas que garantiram maioria no Parlamento e na Suprema Corte. Por meio de manobras autoritárias no Senado o regime outorgou-se o direito de nomear 47 membros,<sup>186</sup> fato que limitou a possibilidade de implementação de políticas do novo governo, dado a maioria artificial criada no parlamento. Para o controle do Judiciário, os militares ofereceram vultosas indenizações para os juízes deixarem o tribunal e assim nomearam para estes cargos jovens aliados.

Para completar o cerceamento do novo governo de transição, a Constituição: “conferiu ao general Pinochet a prerrogativa da inamovibilidade, na qualidade de chefe do Exército, até março de 1998, dando prerrogativa semelhante aos outros três membros da junta, pertencentes à Marinha, à Aeronáutica e à Polícia.”<sup>187</sup>

O regime de exceção chileno introduziu na ordem constitucional uma série de mudanças tendentes a controlar e limitar o novo governo democrático. Esses atos legislativos permitiram a continuidade do controle dos militares sobre os poderes executivo, legislativo e judiciário. E no que se relaciona diretamente com o presente estudo, tais alterações limitadoras do regime democrático buscavam garantir a impunidade pelas violações de direitos humanos:

O legado dos crimes contra os direitos humanos foi mais difícil de ser tratado, uma vez que os recursos de poder de natureza jurídica, militar e política em mãos de Pinochet continuavam existindo. Ante essa correlação de forças, o governo Alwyn chegou à conclusão de que o modelo argentino de julgamento em massa não seria possível. Para evitar um conflito de estilo argentino, bem como o que foi visto como uma política de excessivo ‘esquecimento’, adotada pelo governo uruguaio, o governo Alwyn decidiu-se pelo caminho do meio, que foi o de adotar um ‘regime de verdade’ com

---

<sup>185</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.244-245.

<sup>186</sup> No Brasil, medida idêntica foi imposta, como foi o caso dos chamados senadores, “biônicos”.

<sup>187</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.245.

relação aos crimes contra os direitos humanos praticados pelo regime militar anterior.<sup>188</sup>

A impunidade pelos crimes cometidos pelos agentes da repressão chilena, seguiu em razão destes limitadores autoritários insertos na ordem constitucional durante a década de 1990, cenário que se alterou no início dos anos 2000. A partir deste ano, o Poder Judiciário em mudança de interpretação passou a afastar a aplicação do decreto-lei 2191, que concedia anistia, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para os casos de crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Assim, diante da alteração do entendimento jurisprudencial, possibilitou-se a instauração de processos judiciais penais para responsabilização dos agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, sendo que: “1.149 ex-agentes da ditadura haviam sido processados, condenados e/ou detidos em algum momento a partir do ano 2000 por sua participação de crimes de repressão.”<sup>189</sup>

### 2.3.6 No Uruguai

A forma como as ditaduras latino-americanas terminaram impacta no controle da transição para o regime posterior de modo geral e, particularmente, na questão da punição por crimes contra a humanidade e violações de direitos humanos. Isto quer dizer que, dependendo do papel e do poder dos militares na transição, os julgamentos e punições destes crimes são previamente negociados ou não.

Linz e Stepan mencionam a tipologia de Felipe Agüero<sup>190</sup>, a qual classifica as transições em dois tipos: pactuada ou então por meio de golpe militar ou derrota militar seguida de colapso do regime. No caso do Uruguai, a transição foi pactuada, tendo os militares negociado a transferência de poder, incluindo neste pacto a questão da punição pelos crimes cometidos durante a ditadura.

Em 1977, um ano após o golpe, os militares baixaram uma nova Constituição, sob o pretexto paradoxal e comum a todos os outros países do Cone Sul, de salvar e fortalecer a democracia. No texto constitucional, contudo, foi previsto a realização

---

<sup>188</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.250.

<sup>189</sup> OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. p.49.

<sup>190</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.228.



de plebiscito em 1980, para ratificação da Carta, e, caso fosse ratificada: “seriam realizadas em 1984 eleições presidenciais com um candidato único, indicado pelos dois partidos tradicionais e aprovado pelos militares.”<sup>191</sup>

Esse mecanismo constitucional, criado pelos próprios militares, acabou por submeter o regime ao crivo popular e, para surpresa dos militares, a oposição venceu a consulta, sendo por isso iniciada a transição neste momento, como afirmam Linz e Stepan: “A transição democrática, no Uruguai, começou quando, para surpresa da maior parte dos observadores, mas especialmente dos militares, a oposição democrática ganhou o plebiscito.”<sup>192</sup>

Essa derrota inesperada do regime, a qual detonou o início da transição fragilizou o poder de impor condições, pois:

Sem ameaça interna, sem alianças importantes na sociedade civil ou na sociedade política, e com sua derrota no plebiscito, cujos resultados eles haviam prometidos respeitar, o poder de barganha dos militares-como-instituição com relação aos políticos ficou substancialmente abalado.<sup>193</sup>

Ainda assim, mesmo diante deste contexto social e político, o fato dos militares permanecerem no poder até depois das eleições ratificadas na consulta, possibilitou que eles negociassem a parte mais sensível da transição e a que mais tocava diretamente nos seus interesses pós-transição, qual seja: o julgamento e punição pelos crimes cometidos durante o regime militar.

Em decorrência do resultado do plebiscito em 1984, a classe política<sup>194</sup> e os militares firmam pacto da a transição para a democracia, convocando eleições presidenciais para o mês de novembro. Essa convocação é formalizada através do ato institucional nº 1951, o denominado “Pacto del Club Naval”.

---

<sup>191</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.188.

<sup>192</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.188.

<sup>193</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.189.

<sup>194</sup> Compareceram no Club Naval líderes militares e personalidade de coalizões e partidos políticos: Frente Amplio, Unión Cívica e Partido Colorado. O tradicional Partido Blanco retirou-se das negociações em razão do veto dos militares a candidatura de Wilson Ferreira. Ainda assim a ilegitimidade da eleição foi amenizada segundo Stepan, pois: “o fato de o Partido Blanco ter apresentado outros candidatos, e de a coalização de esquerda (Frente Amplio) ter concordado em participar das eleições amenizou a ilegitimidade das eleições.” (LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.190).

Em 1985, assume o Presidente Julio Maria Sanguinetti e, em dezembro do ano seguinte, a questão da responsabilização dos militares por violações de direitos humanos cometidos na vigência do regime autoritário vem à tona. O fato que inicia a tensão entre os militares e o governo civil foi a intimação feita a alguns militares para que se apresentassem à Justiça:

Em dezembro de 1986, alguns oficiais militares foram intimados a se apresentar à Justiça. Numa sexta-feira, o ministro da defesa ordenou que os oficiais não comparecessem ao tribunal, na segunda-feira seguinte. Por quarenta e oito horas, os políticos uruguaios viram-se às voltas com um dilema que representava uma forte ameaça para legitimidade. Se eles insistissem no comparecimento dos oficiais ao tribunal eles poderiam ser confrontados com a desobediência dos militares e, portanto, com uma crise de sua própria autoridade. A alternativa seria eles aprovarem às pressas uma lei de anistia, evitando assim uma crise imediata, com o custo de diminuir o prestígio das instituições democráticas.<sup>195</sup>

Neste contexto de crise institucional foi aprovada a denominada Lei de Caducidade (Lei nº. 15.848/1986), a qual foi posteriormente submetida a referendo<sup>196</sup>, tendo a maioria dos eleitores uruguaios decidido pela manutenção de sua validade.

Entretanto, a aprovação da lei de anistia por meio de consulta a população em duas oportunidades, como será exposto na subparte 3.2.4, não impediu que a Corte Suprema uruguaia declarasse nula a lei de anistia. No julgamento do caso Sabalsagaray<sup>197</sup>, o Tribunal ressaltou que as decisões da maioria têm limites, não podendo violar princípios constitucionais e direitos e garantias individuais.

Essa decisão permitiu que o sistema de justiça uruguaio processasse e julgasse militares acusados de crimes e graves violações de direitos humanos. Isto foi possível porque em sede de controle difuso de constitucionalidade, a Suprema Corte de Justiça declarou inconstitucional a referida Lei, permitindo com isso a persecução penal em 262 casos. Considerando que o controle de constitucionalidade

---

<sup>195</sup> LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.190.

<sup>196</sup> No referendo realizado em abril de 1989, 57% dos eleitores referendaram a anistia. No segundo referendo, ocorrido em outubro de 2009, 53% dos eleitores voltaram a favor da validade da lei de anistia.

<sup>197</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>197</sup> Importante registrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Gelman, não se pronunciou sobre os efeitos dos referendos sobre leis de anistia.

uruguaio não admite o sistema concentrado, a lei continua válida, mas em casos concretos vem sendo afastada pela Corte Suprema.<sup>198</sup>

São estes julgamentos e seus respectivos resultados que serão examinados na segunda parte deste trabalho, pois este exame compõe o núcleo do estudo comparativo proposto e a base empírica para a resposta da hipótese da pesquisa.

---

<sup>198</sup> OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016. p.49.

### **3 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS DO CONE E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A segunda parte, inicia com dois temas fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa: a emergência do conceito de Justiça de Transição e de crimes contra a humanidade.

Além disso, esta segunda parte, examina o problema e a hipótese apresentada, através de pesquisa e análise da jurisprudência dos países do Cone Sul e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. As decisões destes Tribunais, será comparada com a jurisprudência brasileira, no intuito de desvendar as causas que levam o Brasil a ser o único país que não puniu nenhum agente público pelas violações de direitos humanos perpetradas durante o regime autoritário.

Por fim, serão apresentadas as conclusões deste trabalho.

#### **3.1 A emergência do conceito de Justiça de Transição e de crimes contra a humanidade**

A perseguição criminal dos agentes públicos que perpetraram graves violações de direitos humanos, tema da tese, pressupõe que essa questão seja contextualizada, levando em conta a emergência do campo especializado da Justiça de Transição e da definição dos crimes contra a humanidade.

##### **3.1.1 Conceito Justiça de Transição**

O conceito de Justiça de Transição está associado às transições políticas de regimes autoritários, que perpetraram violações de direitos humanos, para regimes democráticos. O objeto do campo especializado da Justiça de Transição está centrado no enfrentamento e resolução dos problemas relacionados com o legado de abusos cometidos e, ainda, com a reforma das instituições estatais em direção ao Estado democrático de direito.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> Paul Zyl, escreve: “O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as

No que concerne especificamente ao legado de abusos, violações e crimes, o campo da justiça de transição divide a matéria em três aspectos: a) a justiça, a qual compreende o problema da persecução penal dos agentes que cometeram crimes; b) o direito à memória e à verdade e, c) as reparações às vítimas e seus familiares.

As definições de Justiça de Transição, portanto, trazem os aspectos da reconciliação após um regime autoritário, mediante a implementação de ações direcionadas aos objetivos da justiça de transição divididos em quatro pilares fundamentais: a justiça, o direito à verdade e à memória, a reparação e a reforma das instituições. Segundo Zyl, trata-se do: “esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos.”<sup>200</sup> Para Teitel:

A justiça transicional pode ser definida como a concepção de justiça associada a períodos de mudança política, caracterizados por respostas no âmbito jurídico, que têm o objetivo de enfrentar os crimes cometidos por regimes opressores do passado.<sup>201</sup>

Elisabeth Salmón, por sua vez, define assim:

O processo de transição política enfrentado por sociedades saídas de períodos de violência, em que foram cometidas graves violações dos direitos humanos e nas quais se busca chegar a uma reconciliação nacional.<sup>202</sup>

Na visão do especialista brasileiro, Silva Filho, a justiça de transição é:

Um conjunto de processos e mecanismos, políticos e judiciais, mobilizados por sociedades em conflito ou pós-conflito para esclarecer e lidar com legados de abusos em massa contra direitos humanos, assegurando que os

---

estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo. (ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.47).

<sup>200</sup> ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.47.

<sup>201</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.136.

<sup>202</sup> SALMÓN, Elisabeth. Algumas reflexões sobre o Direito Internacional Humanitário e a Justiça Transicional: Lições da Experiência Latino-Americana. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.227.

responsáveis prestem contas de seus atos, as vítimas seja reparadas e novas violações impedidas.<sup>203</sup>

Importante também trazer a definição da Organização das Nações Unidas, contida no Relatório do Secretário-Geral ao Conselho de Segurança da ONU, nº S/2004/616 de 23 de agosto de 2004:

A noção de justiça de transição discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados as tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais ou extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.<sup>204</sup>

O problema da pesquisa diz respeito ao pilar da justiça. De modo específico, trata da persecução penal dos agentes da repressão da ditadura civil-militar brasileira. O trabalho busca comparar a persecução e responsabilização nos países do Cone Sul, que experimentaram regimes autoritários, no mesmo período histórico e resolveram a questão da justiça, de forma diversa, responsabilizando os agentes que cometeram violações de direitos humanos, deixando o Brasil isolado nesse aspecto. A tese é no sentido de que o Brasil deve reverter essa posição, alterando a jurisprudência nesta matéria, no sentido de investigar e punir os responsáveis, em consonância com as normas de Direito Internacional e as decisões dos Tribunais Internacionais. A tensão havida entre a justiça e a verdade, iniciada nos anos 1990, deve ser superada por exigência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, particularmente nos julgamentos dos casos Gomes Lund e Herzog, que obrigam o Brasil em responsabilizar os agentes da repressão que cometeram violações de direitos humanos.

Essa tensão entre verdade e justiça é referida por Teitel, quando expõe sua genealogia da Justiça de Transição. Segundo a autora, a Justiça de Transição surge

---

<sup>203</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.262.

<sup>204</sup> ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Anistia Política Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 1. p.320-351, jan/ jun. 2009. p.325.

no período pós-Segunda Guerra Mundial, com o julgamento dos nazistas, no Tribunal de Nuremberg: “A Fase I da genealogia, a fase do pós-guerra, começou em 1945. Por meio de seu mais conhecido, o Tribunal de Nuremberg conduzido pelos aliados.”<sup>205</sup> Nesta primeira fase, o que importava era a justiça, o julgamento e a punição daqueles que cometeram as atrocidades do regime nazista. É por isso que Teitel afirma que nesta primeira fase, a Justiça de Transição é retributiva. Na segunda fase, que começa no final dos anos 70 do século passado, tem origem no colapso da União Soviética, que: “provocou uma onda de liberalização que começou com as transições do Cone Sul da América do Sul no final dos anos 70 e começo dos anos 80. Esta continuou pela Europa do Leste e América Central.”<sup>206</sup> Nesta fase, segundo a autora, prevaleceu a justiça restaurativa, cujo expoente foram as Comissões de Verdade. A terceira e última fase: “está associada com as condições contemporâneas de conflito permanente, as quais fundam as bases para normalizar um direito de violência”.<sup>207</sup>

Em decorrência desta mudança de paradigma das transições, passando de um modelo retributivo para restaurativo, houve nos anos 90, uma tensão entre justiça e verdade. Segundo Teitel: “o modelo de destaque desta fase é o que se conhece como modelo restaurativo. Nesta fase, o propósito principal da justiça transicional foi o de construir uma história alternativa para os abusos do passado”. Surgiu, por consequência, uma dicotomia entre verdade e justiça.<sup>208</sup> E neste contexto que são instituídas as comissões de verdade, as quais neste primeiro momento surgem como uma forma eficaz de se promover a reconciliação, relegando-se a questão da justiça a um segundo plano, sob o pretexto de que a perseguição criminal poderia servir como ameaça à transição democrática, à pacificação e à manutenção da paz.

---

<sup>205</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.137.

<sup>206</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.143-144.

<sup>207</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.137.

<sup>208</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.148.

Entretanto, essa tensão entre justiça e verdade, ocorre no período inicial das transições e dependem das contingências políticas do momento e do poder de barganha do regime autoritário que cometeu violações de direitos humanos e busca assegurar a impunidade. Esse processo, contudo, dá-se no campo da política ou como refere Teitel, no campo da ética, da medicina e da teologia:

O projeto da verdade e reconciliação extraiu a maior parte de seu discurso normativo fora do direito, especialmente a partir da ética, da medicina e da teologia. Seu propósito não era meramente a justiça, e sim a paz, tanto para os indivíduos como para a sociedade como um todo.<sup>209</sup>

É esse discurso de natureza extrajurídica, de matiz política e ideológica que vem impedindo a responsabilização dos agentes da repressão no Brasil. O argumento de reconciliação nacional, desde o início do processo de transição para a democracia, exterioriza-se sob a forma de ameaça:

Isso porque, caso não sejam preservados esses interesses fundamentais durante as mudanças, haverá o risco de que o processo transicional seja abortado e de que o regime político se feche novamente, até mesmo aprofundando seu caráter autoritário.<sup>210</sup>

Segundo Quinalha, essa situação paira como uma espécie de ameaça latente, sinalizando que há qualquer momento poderá ocorrer um contragolpe:

Ainda que nunca se consume efetivamente, a mera existência virtual de um golpe é fator suficiente para produzir resultados bastante concretos nas estratégias dos atores. Aliás, ocorre o contrário: justamente por não se consumir é que essa ameaça cumpre papel tão duradouro e consistente no jogo político.<sup>211</sup>

Nas transições políticas ocorridas na Argentina, Chile e Uruguai, a possibilidade de contragolpe funcionou apenas como uma ameaça latente. Os levantes militares ocorridos na década de 80 na Argentina, por exemplo, não foram

---

<sup>209</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.153.

<sup>210</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: Contornos do Conceito. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.85.

<sup>211</sup> QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: Contornos do Conceito. São Paulo: Dobra Editorial, 2013. p.89.



ameaças de contragolpe, mas manifestações que pretendiam impedir as punições e não uma ruptura institucional.<sup>212</sup>

A jurisprudência brasileira, como demonstra o acórdão do julgamento da ADPF 153, ainda se ampara em argumentos desta natureza, os quais como será examinado nos capítulos seguintes foram superados pelas normas de direito internacional dos direitos humanos e por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos Gomes Lund e Herzog.

### 3.1.2 Crimes contra a humanidade

O conceito de crime contra a humanidade é importantíssimo para o argumento do presente trabalho, na medida em que o acolhimento pela Justiça brasileira, da tese de que as violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar caracterizam crimes contra a humanidade, permitirá a punição dos responsáveis.

E a responsabilização dos agentes da repressão será possível, dada a natureza e atributos dos crimes de lesa humanidade, especialmente a imprescritibilidade. Esse atributo permite que os que cometeram estes crimes, fiquem sujeitos a persecução criminal da justiça universal, dos tribunais internacionais e ainda das justiças locais. No caso destas violações de direitos humanos não serem tipificadas como crimes contra a humanidade, serão como homicídios, sequestros, estupros, crimes sujeitos a prescrição.

A persecução penal destes crimes e a imposição de penas, inicia-se nos julgamentos do Tribunal de Nuremberg. Entretanto, essa definição remonta a Primeira Guerra Mundial, quando numa declaração conjunta, França, Inglaterra e Rússia denunciaram o massacre dos armênios na Turquia. Segundo Ferreira de Almeida a denúncia deste genocídio foi: “o gérmen da ulterior distinção, adotada em

---

<sup>212</sup> Conforme Bauer: “Ao contrário do que supunha a argumentação de que a promoção da Justiça poderia ser um fator de desestabilidade política e social, e que a negação de seu acesso se daria em nome da governabilidade é possível instaurar processos judiciais, pois não se trata de julgar cada uma das pessoas que estiveram envolvidas, e sim deixar de lado a hipótese de que a justiça produz instabilidade. Ao contrário, está provado que a impunidade corrói as bases do Estado de Direito e afeta a essência da democracia. Apesar de autores argentinos assegurarem que o “direito à justiça”, garantido pelo governo Alfonsín, não correspondeu a uma diminuição da violência, e poderia ter contribuído para uma desestabilização do próprio governo, refletido no movimento dos “carapintadas”, outros analistas afirmam que as rebeliões militares não ameaçavam a constitucionalidade do governo democrático. Eram apenas reflexos dos descontentamentos internos dentro das armas. (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.177).

1945 pela Carta de Londres, entre crimes de guerra e crimes contra a humanidade.”<sup>213</sup>

Embora a positivação no cenário internacional tenha ocorrido no pós-segunda Guerra Mundial, alguns autores<sup>214</sup>, salientam que a prática de crimes contra a humanidade é antiga, podendo ser caracterizado como tal crime o processo de colonização das Américas e o tráfico de escravos, por exemplo.

A necessidade de incorporar uma regra positiva ao direito internacional penal, descrevendo o tipo penal do crime contra a humanidade era uma questão pendente do tratado de paz da Primeira Guerra. No tratado original,<sup>215</sup> firmado em agosto de 1920, entre a Turquia e os países aliados, foi previsto o julgamento dos responsáveis pelo genocídio pela prática de crimes contra a humanidade e a civilização. Posteriormente, esse tratado foi substituído e os autores destes crimes não foram responsabilizados.

É por esta razão que os representantes dos países aliados vitoriosos na Segunda Guerra ressaltaram que a definição dos crimes de lesa humanidade já havia sido feita no Tratado de Sèvres, além de tratar-se de norma costumeira do Direito Internacional. Por isso, sustentaram que havia necessidade de incluir no Estatuto do Tribunal Internacional definição expressa acerca destes crimes, no sentido de atender ao princípio da legalidade, dogma do direito penal. A norma, contudo, dado seus antecedentes históricos era meramente declarativa e não constitutiva.<sup>216</sup>

A norma penal que tipifica os crimes contra a humanidade, foi incluída no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, em seu artigo 6º, o qual declarava norma consuetudinária imperativa do Direito Internacional Penal, tendo disposto que caracteriza este crime internacional, homicídio, extermínio, escravidão, deportação e ainda outros atos desumanos:

Cometidos contra toda e qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos político, racial ou religioso, em

---

<sup>213</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.26.

<sup>214</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p.28

<sup>215</sup> O tratado de paz original foi o Tratado de Sèvres. (ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.27).

<sup>216</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.27-28.

execução ou em ligação com qualquer dos crimes abrangidos pela jurisdição do Tribunal, quer tenham sido ou não praticados em violação ao direito interno do Estado onde são perpetrados.<sup>217</sup>

Os julgamentos de Nuremberg, inauguram uma nova ordem no Direito Internacional, pois sinalizam que não são apenas os crimes de guerra que interessam a comunidade internacional, mas também os crimes contra a humanidade. A partir do desfecho da Segunda Guerra, inicia-se um processo de expansão das normas internacionais de proteção dos direitos humanos.<sup>218</sup> Quanto aos crimes contra a humanidade, igualmente houve um progressivo desenvolvimento da tipificação positiva destes crimes, culminando com a definição do Tribunal Penal Internacional de Roma, criado em 1998.<sup>219</sup> Segundo Ferreira de Almeida, entre a Carta de Londres de 1945 e o surgimento do Tribunal Penal Internacional, a definição destes crimes, vai ter ao menos sete versões em diferentes instrumentos normativos internacionais.<sup>220</sup>

O processo de positivação dos crimes contra a humanidade no Direito Internacional, está relacionado com a limitação da soberania estatal. E isso ocorre em razão da natureza destes crimes, na medida em que se direcionam para a responsabilização do Estado. Os crimes desta natureza são praticados com o uso do aparato estatal, institucionalizado para tal fim. E o interesse da comunidade internacional em tipificar essas ações como crime se justifica, tendo em vista que eventuais detentores do poder, podem violar direitos humanos de forma arbitrária e violenta de grupos ou segmentos da população.

Assim, diferentemente do genocídio que pode ser praticado por uma pessoa, os crimes de lesa humanidade são praticados por agentes do Estado ou por pessoas ligadas a organizações insurrecionais ou separatistas, por exemplo.<sup>221</sup> Estes crimes, portanto, “surgem como uma categoria jurídica que visa controlar o que

---

<sup>217</sup> AMBOS, Kai. **Impunidad y Derecho Penal Internacional**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999. p.95.

<sup>218</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p.26.

<sup>219</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 117.

<sup>220</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.84.

<sup>221</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.121.

governos ou grupos detentores do poder político podem fazer com outros grupos ou populações.”<sup>222</sup>

O Estatuto do TPI, ao definir crimes contra a humanidade, refere que este ocorre: “quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”.<sup>223</sup>

A definição do TPI, agregou novos tipos criminais aos crimes clássicos como: homicídio, extermínio, escravidão, deportação e tortura. O artigo 7º, traz as figuras novas dos atos de violência sexual e desaparecimento forçado de pessoas: “o que traduz uma tendência clara, cuja gênese os conflitos dos anos noventa do séc. XX espicaçaram, para assegurar a proteção devida aos grupos mais frágeis da sociedade, designadamente as mulheres e as crianças”.<sup>224</sup>

Os regimes autoritários latino-americanos institucionalizaram aparato repressivo, objetivando promover ataque generalizado e sistemático contra a população civil. As graves violações perpetradas pelos agentes do regime, caracterizam crimes contra a humanidade, pois praticadas através dos órgãos de repressão, como os DOI-CODI, no caso brasileiro. Os crimes cometidos neste contexto, configuram o terrorismo de Estado que será abordado nos capítulos seguintes.

O que importa neste capítulo é constatar que o período pós-Segunda Guerra Mundial, demarca a emergência dois institutos jurídicos chave para o tema da

---

<sup>222</sup> MEYER, Emilio Peluso. Irresponsabilidade Institucional no Brasil: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos. In: MEYER, Emilio Peluso (org.). **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017. p.43.

<sup>223</sup> Crímenes de lesa humanidad 1.A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física. (ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional. **Corte Penal Internacional**, 2011. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Estatuto-de-Roma.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020).

<sup>224</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.123.

pesquisa. São eles, a emergência do crime contra a humanidade e da Justiça de Transição, embora neste momento ainda não assim chamada. Além disso, inaugura uma nova ordem orientada pela limitação da soberania do Estado-nação.<sup>225</sup> Essa limitação da soberania estatal explica-se pela necessidade da preservação da dignidade da pessoa humana, da vida e da liberdade, valores inderrogáveis pela vontade dos Estados, sendo que: “tal limitação à liberdade contratual dos Estados irrompe para satisfazer a necessidade de proteção de certos princípios indispensáveis a um desejado *standard* de convivência.”<sup>226</sup>

A humanidade assistiu no século XX duas guerras mundiais e inúmeras violações de direitos humanos. Crimes contra a humanidade e genocídios. No sentido de evitar que se repitam essas violações o Direito Internacional estabeleceu normas imperativas, “*jus cogens*”, de observância obrigatória por parte dos Estados, bem como inderrogáveis. No centro destas normas estão:

O princípio da proibição descentralizada do recurso à força, irmanado com o dever correlato de solução pacífica dos conflitos internacionais, o direito dos povos à autodeterminação e a proscrição do genocídio, da escravatura, da tortura e de outras práticas atentatórias da dignidade do ser humano.<sup>227</sup>

A tipificação dos crimes contra a humanidade em particular e dos crimes internacionais em geral, além de cumprirem o requisito do princípio da legalidade positiva em matéria criminal, devem cumprir o papel de funcionarem como verdadeiros “interditos fundadores”, da comunidade internacional, no sentido que a punição em relação a estes crimes interessa à humanidade como um todo.<sup>228</sup>

---

<sup>225</sup> Segundo Flávia Piovesan, a limitação da soberania estatal passou a ser questionada fortemente a partir da Segunda Guerra Mundial, principalmente em decorrência dos horrores do regime nazista: “A doutrina em defesa de uma soberania ilimitada passou a ser crescentemente atacada, durante o século XX, em especial em face da revelação dos horrores e das atrocidades cometidas pelos nazistas contra os judeus durante a Segunda Guerra, o que fez com que muitos doutrinadores concluíssem que a soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos. Os direitos humanos tornam-se uma legítima preocupação internacional com o fim da Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em 1948 e, como consequência, passam a ocupar um espaço central na agenda das instituições internacionais. No período do pós-guerra, os indivíduos tornam-se foco de atenção internacional.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004. p.133).

<sup>226</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.138.

<sup>227</sup> ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009. p.139-140.

<sup>228</sup> Cláudia Perrone-Moisés, afirma que na acepção de Mireille Delmas-Marty, uma comunidade mundial, estruturada em torno de valores comuns e humanos (diferente da comunidade internacional, que é fundamentalmente interestatal), vem-se formando em torno de “interditos fundadores”. Esses

Assim, dada a necessidade de punição destes crimes internacionais, os quais atentam contra a dignidade humana violando direitos humanos de grupos da população civil e, ainda, são perpetrados de forma institucionalizada pelo Estado, lhes foram outorgados o atributo da imprescritibilidade.

O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi positivado no Direito Internacional através da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada em 26 de novembro de 1968. A Convenção dispõe que são imprescritíveis:

Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946.<sup>229</sup>

A prática destes crimes internacionais atinge a população civil, por motivos políticos, raciais, étnicos ou religiosos. A violência indiscriminada contra a população civil viola direitos humanos fundamentais e traumatiza a sociedade. A responsabilização dos perpetradores e uma exigência coletiva, das vítimas e de seus familiares. Por isso, estes crimes não podem estar sujeitos à prescrição, até mesmo porque na maioria dos casos, a punição somente poderá ocorrer após a mudança do poder político. A Corte destaca que ‘a imprescritibilidade deste tipo de condutas delitivas é uma das únicas maneiras que a sociedade internacional encontrou para não deixar na impunidade os mais atrozes crimes cometidos no passado, que afetam a consciência de toda a humanidade e são transmitidos por gerações’.<sup>230</sup>

O instituto da prescrição não se coaduna com os crimes internacionais, dado seu contexto político e social diverso da prescrição aplicável aos crimes comuns.

---

interditos, que se cristalizam em crimes internacionais (especialmente no chamado “núcleo duro” do direito internacional penal: crimes de guerra, crimes contra a humanidade e genocídio), vêm forjando uma “consciência mundial” rigorosa em relação à punição desses crimes, que ofendem a humanidade em seu conjunto. (PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal: imunidades e anistias**. Barueri: Manole, 2012. p.16).

<sup>229</sup> CONVENÇÃO sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968. **Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos**, 1970. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<sup>230</sup> RESOLUÇÃO da corte interamericana de direitos humanos: Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. **CrIDH**, 2014. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes\\_17\\_10\\_14\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2021. p.10-11.

Nestes, o esquecimento acontece nos crimes contra a humanidade, o esquecimento é algo que não deve ocorrer. Diversamente dos crimes comuns, os crimes contra a humanidade devem ser sempre lembrados, para que não se repitam, assentando-se essa premissa como um dos pilares da justiça de transição, expresso no princípio da não-repetição. Outras causas que justificam a prescrição no direito criminal, igualmente não se aplicam aos crimes internacionais. A ideia do arrependimento do criminoso, por exemplo, neste tipo de crime não faz sentido. O médico nazista Hans Munch, assistente de Joseph Mengele, disse numa entrevista que: as câmaras de gás evitavam a propagação de epidemias, as experiências com seres humanos propiciaram progresso científico e a triagem à entrada do campo seria uma medida de salubridade.<sup>231</sup>

Outro argumento que não faz sentido quando se trata de crimes contra a humanidade, refere-se ao fundamento geral da prescrição, segundo o qual o direito não socorre quem dorme, porque como salientado pelo Procurador-Geral da República, em parecer nos autos da extradição nº 696, nos regimes autoritários:

Os que querem o socorro do direito contra os crimes praticados pelos agentes respectivos não deixam de obtê-lo porque estão dormindo, e sim porque estão de olhos fechados, muitas vezes vendados; não deixam de obtê-lo porque estão em repouso, e sim porque estão paralisados, muitas vezes manietados.<sup>232</sup>

As violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários do Cone Sul, caracterizam crimes contra a humanidade, pois foram praticadas por agentes do Estado em um contexto de ataque organizado e sistemático contra a população civil. Na Argentina, no Chile e no Uruguai as Cortes Constitucionais reconheceram essas violações como crimes contra a humanidade, fato que permitiu a responsabilização. A Justiça brasileira não qualificou esses crimes como crimes internacionais imprescritíveis, sendo este um dos entraves a punição dos agentes da repressão do regime autoritário.

---

<sup>231</sup> VELLOSO, Ana Flávia Penna. **A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade**. In: III ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL | V. 1. Disponível em: <cortheidh.or.cr/tablas/r27118.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020. p.18.

<sup>232</sup> BRASIL. Ministério Público Federal. **Prisão Preventiva para Extradição Nº 696**. Requerente: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/extradicao-manuel-montenegro-parecer-pgr.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021. p.14.

### 3.1.3 A jurisprudência do sistema interamericano

O artigo 62, I, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, impõe aos Estados a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para os casos referentes à interpretação ou aplicação do Pacto de São José. O Brasil reconheceu como obrigatória a competência da Corte, através do Decreto nº 4.436 de 8 de novembro de 2002.<sup>233</sup>

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do julgamento do paradigmático caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, julgado em 2006, decidiu que os juízes dos Estados que ratificaram a convenção, estão obrigados a considerarem em suas sentenças as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominando-se essa técnica jurídica de controle de convencionalidade.<sup>234</sup> Além disso, como destaca Cavallaro,<sup>235</sup> estas sentenças tiveram repercussão positiva para os progressos dos direitos humanos no continente.

Na questão das leis de anistia por exemplo, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tiveram repercussão positiva e influenciaram na derrogação e limitação do alcance destas leis, exceto ainda no Brasil, que está

<sup>233</sup> Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (BRASIL. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020).

<sup>234</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.40.

<sup>235</sup> Segundo Cavallaro: “la decisión contribuyó a los progresos de los derechos humanos en el continente. Por ejemplo, la Corte Suprema de Argentina citó la decisión *Barrios Altos* cuando declaró inconstitucional las leyes de amnistía del país en 2005. En el mismo sentido, en el caso *Almonacid Arellano*,<sup>243</sup> los peticionarios impugnaron la validez de la ley de amnistía de Chile y se beneficiaron del precedente *Barrios Altos*. Aunque la decisión *Almonacid Arellano* enfrentó resistencia por parte de algunas instituciones, el presidente de Chile declaró que había que implementar la sentencia, y la Corte Suprema citó poco después la decisión, y también *Barrios Altos*, cuando declaró que las normas legales nacionales no podían utilizarse como obstáculos que impidieran acusar ante los tribunales a los autores de graves violaciones de los derechos humanos. Por consiguiente, las sentencias de la Corte Interamericana le dieron apoyo a los esfuerzos en curso de los miembros de la sociedad chilena, entre los que estaban los de importantes cargos del Estado, para limitar los efectos de la amnistía.” (CAVALLARO, James Louis. **Hacia una visión crítica y práctica de la eficacia de las instancias e intervenciones internacionales de los derechos humanos en las Américas: Una reevaluación del sistema interamericano y las comisiones de la verdad en las transiciones**. [2020?]. 342f. Tese de Doutorado. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, [2020?]. Disponível em: <[https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/1337/james\\_cavallaro\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/1337/james_cavallaro_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 15 mar. 2020).



em mora no cumprimento das sentenças da CIDH. Não obstante, o reconhecimento por parte do Estado brasileiro da obrigatoriedade da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, por consequência, da necessária observância do controle de convencionalidade no campo da punição dos agentes que cometeram crimes contra a humanidade, a justiça brasileira despreza as normas internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana. Como observa André Ramos,

Temos mantido, então, uma interpretação nacional, o que torna o regime jurídico dos direitos humanos internacionais manco e incoerente: universal no texto, nacional na aplicação e interpretação de suas normas na vida cotidiana.<sup>236</sup>

Essa postura do Estado brasileiro, no plano internacional tendente à ratificação das convenções internacionais de direitos humanos e no plano interno de desprezo as normas e ao controle de convencionalidade, resulta segundo André Ramos, do velho truque ilusionista: “os Estados ratificam tratados, os descumprem cabalmente, mas alegam que os estão cumprindo de acordo com a ótica nacional.”<sup>237</sup>

Em razão desta posição ambivalente do Estado brasileiro, notadamente do Poder Judiciário, quanto à persecução penal e punição de agentes do Estado que praticaram terrorismo de Estado, acarretou a condenação do Brasil em dois julgamentos importantes sobre o tema. Trata-se dos casos: “Herzog e outros vs. Brasil”, cuja sentença foi publicada em 15 de março de 2018 e o “Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, cuja publicação ocorreu em 24 de novembro de 2010, os quais serão examinados na sequência.

Nestes julgamentos a Corte Interamericana reafirmou a obrigação do Brasil em promover a persecução penal, investigar os crimes, levar a julgamento e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos cometidas pelos agentes públicos durante a ditadura civil-militar. A doutrina igualmente ratifica essa obrigação, conforme pontua Cláudia Perrone-Moisés:

---

<sup>236</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.37.

<sup>237</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.37.

Os Estados têm a obrigação de perseguir, julgar e punir os criminosos internacionais de acordo com vários dispositivos do direito internacional.<sup>115</sup> Sendo assim, o Estado que se recusar a cumprir essa obrigação internacional estará violando o direito internacional. Todos os Estados estão submetidos à obrigação erga omnes de reprimir e castigar, mediante aplicação de sanções regidas por standards universais, que necessariamente não de excluir o benefício da imunidade de jurisdição para seus autores.<sup>238</sup>

Com relação ao caso Gomes Lund, a demanda proposta pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional e pela Human Rights Watch/Americas, na qual postularam que Estado brasileiro implementasse ações para investigar, processar e punir os responsáveis pelo desaparecimento de pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia.

A competência da Corte Interamericana foi reafirmada para os casos de desaparecimento de pessoas, devido à natureza permanente destes crimes. A caracterização do desaparecimento forçado, nos termos da sentença dá-se com a presença dos seguintes elementos: “a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada.”<sup>239</sup>

O Brasil reconheceu a responsabilidade pelo desaparecimento de 62 pessoas, no contexto da Guerrilha do Araguaia, através da Lei 9140/95, a qual instituiu a Comissão Especial sobre mortos e desaparecidos, que em seu artigo 1º, prevê:

São reconhecidos como mortos, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal**: imunidades e anistias. Barueri: Manole, 2012. p.93-94.

<sup>239</sup> A Corte declarou-se incompetente para julgar a execução da militante Maria Lucia Petit da Silva, tendo em vista que os restos mortais foram identificados em 1996 e o Brasil reconheceu a competência da Corte Internacional em 10 de dezembro de 1998, sendo ressalvado a competência para fatos posteriores. (CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.39).

<sup>240</sup> BRASIL. **Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995**. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9140.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

A sentença menciona que a Comissão Interamericana reconheceu: “a boa-fé do Estado ao admitir a detenção arbitrária e a tortura das vítimas e seu desaparecimento”.<sup>241</sup> Ao final, foi reconhecido que com base nas informações prestadas pelo próprio Estado brasileiro, entre os anos 1972 e 1974, na região do Araguaia, agentes do regime autoritário foram responsáveis pelo desaparecimento de 62 pessoas, sendo que apenas duas tiveram os restos mortais identificados. Como o crime de desaparecimento forçado<sup>242</sup> tem caráter permanente, o Estado brasileiro continua obrigado em encontrar o paradeiro das outras 60 vítimas não localizadas.<sup>243</sup>

Com relação à incompatibilidade da lei de anistia brasileira com o Direito Internacional, a sentença assentou que os Estados estão obrigados a investigar violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade cometidos por um regime anterior e que essa obrigação não pode ser afastada por leis de anistia, tendo por isso, reafirmado que:

As anistias para violações de direitos humanos são incompatíveis com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, indicando que elas contribuem a criar uma atmosfera de impunidade que pode socavar a ordem democrática e dar lugar a outras violações de direitos humanos.<sup>244</sup>

No julgamento, a Corte Interamericana a respeito da Lei de Anistia promulgada pelo Brasil, violou o dever internacional de investigar e punir as violações de direitos humanos cometidas durante o regime autoritário, tendo apontado como normas internacionais infringidas as seguintes:

---

<sup>241</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>242</sup> A conceituação de desaparecimento forçado, nos termos do artigo 2º da Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado, é a seguinte: “Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.” (BRASIL. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016**. Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm)>. Acesso em 16 set. 2020).

<sup>243</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>244</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

Ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.<sup>245</sup>

Assim, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é reiterada no sentido de que leis de anistia que visem excluir a punibilidade de crimes praticados por agentes públicos de regime anterior são nulas e por isso não são aptas e capazes de gerarem efeitos jurídicos. É por esta razão que o Tribunal declarou que o Estado brasileiro não exerceu o controle de convencionalidade, especialmente porque o Supremo Tribunal Federal, declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia, no julgamento da ADPF 153.

Ao final, a Corte Interamericana declarou quanto ao tema da persecução penal dos responsáveis pelas violações de direitos humanos o seguinte:

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.<sup>246</sup>

Quanto ao Caso Herzog, a demanda refere-se: “detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975.”<sup>247</sup>

Os procedimentos para a detenção arbitrária do jornalista<sup>248</sup> começam na noite do dia 24, quando dois agentes da repressão compareceram na TV Cultura com o

---

<sup>245</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 64.

<sup>246</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.113.

<sup>247</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.26.

<sup>248</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.27.

objetivo de conduzir Herzog para depoimento. Após intervenção da direção da empresa, foi acordado que o jornalista compareceria espontaneamente no dia seguinte.

Herzog compareceu na manhã do dia seguinte na sede do DOI/CODI em São Paulo e imediatamente foi preso, interrogado e torturado. A tarde foi morto, por estrangulamento, segundo demonstra o Relatório da Comissão Nacional da Verdade.<sup>249</sup>

O Comando do II Exército, no mesmo dia, divulgou nota afirmando que uma perícia havia constatado que o jornalista tinha cometido suicídio. Evidentemente, que tal versão foi uma farsa montada para encobrir o assassinato por estrangulamento de Herzog.<sup>250</sup>

Na fundamentação de mérito da sentença prolatada no caso Herzog, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para o que interessa particularmente ao tema deste trabalho, assentou que:

Não obstante, a ‘verdade histórica’ constante dos relatórios produzidos pelas comissões da verdade não preenche ou substitui a obrigação do Estado de assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais, por meio dos processos pertinentes, motivo pelo qual é obrigação do Estado iniciar e impulsionar investigações penais para

---

<sup>249</sup> No âmbito das investigações da Comissão Nacional da Verdade, foi realizada perícia, na qual os peritos concluíram que Herzog foi assassinado por estrangulamento. Em setembro de 2014, a equipe de peritos da Comissão concluiu lado pericial indireto acerca da morte de Vladimir. “Os peritos identificaram a existência de dois sulcos, ambos com reações vitais, no pescoço do jornalista. Um deles é típico de estrangulamento, enquanto o outro era característico em locais de enforcamento (ou locais preparados para simular enforcamento). A evidência de duas marcas distintas na região cervical foi determinante para os peritos criminais afirmarem que: Vladimir Herzog foi inicialmente estrangulado, provavelmente com a cinta citada pelo perito criminal, e, em ato contínuo, foi montado um sistema de forca, onde uma das extremidades foi fixada a grade metálica de proteção da janela e, a outra, envolvida ao redor do pescoço de Vladimir Herzog, por meio de uma laçada móvel. Após, o corpo foi colocado em suspensão incompleta de forma a simular um enforcamento. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) entende não existir mais qualquer dúvida acerca das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado nas dependências do DOI-CODI do II Exército, em São Paulo, em outubro de 1975.” A Comissão apontou como responsável pela tortura e morte do jornalista, Pedro Antônio Mira Grancieri (Capitão Ramiro). DOI/ CODI do II Exército. Investigador de Polícia. (BRASIL **Relatório Mortos e Desaparecidos Político**. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, vol. III, dez., 2014. Disponível em: <[http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_3\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf)>. Acesso em 29 ago. 2020. p.1796).

<sup>250</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.27.

determinar as respectivas responsabilidades, em conformidade com os artigos 1.1, 8 e 25 da Convenção.<sup>251</sup>

A Corte, reafirmou no julgamento que a Lei de Anistia: “não pode representar um obstáculo para a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos”<sup>252</sup>, bem como a abertura de processos penais e punição dos responsáveis, não viola o princípio da legalidade, na medida em que o Direito Internacional reconhece como: “princípios gerais a imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade.”<sup>253</sup>

Os pontos controversos presentes no julgamento e que, afinal de contas são os temas chave da questão da responsabilização dos agentes da repressão dos países do Cone Sul, são os seguintes: leis de anistia, prescrição e a caracterização da figura de crimes contra a humanidade.

A Corte concluiu que a morte de Herzog configura crime contra a humanidade, eis que se deu no contexto de uma estratégia preestabelecida, consolidada em março de 1970: “em ato do Poder Executivo denominado de “Diretriz Presidencial de Segurança Interna (SISSEGIN)”. Em virtude dessa diretriz, todos os órgãos da Administração Pública nacional estavam sujeitos às “medidas de coordenação do comando unificado da repressão política.”<sup>254</sup> Desta forma, o regime autoritário adotou como política de Estado, a prática sistemática e organizada em instituições do aparato estatal, de execuções, desaparecimentos forçados e tortura.

Neste contexto, portanto, o assassinato de Herzog pelos agentes da repressão configurou crime contra a humanidade, pois em 1975 a proibição destes crimes no cenário internacional,

já havia alcançado o status de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), o que impunha ao Estado do Brasil e, com efeito, a toda a

---

<sup>251</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.38.

<sup>252</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.40.

<sup>253</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.39.

<sup>254</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.54.

comunidade internacional a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis por estas condutas.<sup>255</sup>

Quanto a aplicação da lei de anistia, o julgado ressalta que a incompatibilidade da anistia com a Convenção Americana,

nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção.<sup>256</sup>

Importa referir que a decisão salienta que seja qual for a natureza da anistia, se autoanistias, ou derivadas de acordo político, todas estas leis não produzem efeitos jurídicos, dada a incompatibilidade em relação a Convenção. Por esta razão, a incompatibilidade com a convenção verifica-se em todos os casos, não se restringindo-se às denominadas autoanistias. E as transições negociadas e os acordos de paz: “nunca podem prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra ou contra a humanidade, os quais não podem permanecer na impunidade.”<sup>257</sup>

A imprescritibilidade foi reafirmada na sentença do caso Herzog, pois o assassinato do jornalista, caracterizou um crime cometido:

num contexto de violações massivas e sistemáticas de direitos humanos e desaparecimentos forçados, de forma constante e reiterada, pois essas condutas violam direitos e obrigações inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>258</sup>

Com respeito à imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade a decisão menciona que tal princípio remonta ao pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que nos julgamentos dos crimes contra a humanidade praticados no conflito estabeleceu-se que: “o acusado não tem o direito de se amparar em prescrição alguma quanto ao período compreendido entre 30 de janeiro de 1933 e 1º de julho

---

<sup>255</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p. 60

<sup>256</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.63.

<sup>257</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.71

<sup>258</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.66.

de 1945.”<sup>259</sup> Depois a imprescritibilidade foi suscitada em 1967, na Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual foi destacado que à prescrição nestes casos, provoca preocupação na opinião pública mundial, tendo em vista que garante a impunidade para os autores destas graves violações de direitos humanos. No ano seguinte, em 1968, o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi positivado na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.

Não obstante, o Brasil estar submetido aos princípios do direito internacional penal especificados acima e ainda ter reconhecido a competência da Corte Interamericana, desde 10 de dezembro de 1988, o processo aberto em 2008, para apuração da responsabilidade penal dos autores da execução de Herzog, foi arquivado, sob o fundamento de que:

Os fatos não deveriam ser considerados crimes contra a humanidade por não terem sido tipificados como tais no momento que ocorreram e que o ordenamento jurídico brasileiro não permite a criação de crimes por costume, unicamente por lei.<sup>260</sup>

Por fim, a decisão que julgou estar extinta a ação penal, em razão da prescrição, porque: “tanto o homicídio como o genocídio, assim como a tortura não são infrações imprescritíveis frente a Constituição e demais normas do ordenamento em vigor.”<sup>261</sup>

Este julgado, baliza a orientação predominante dos precedentes do Judiciário brasileiro, que tratam da responsabilização penal dos agentes da repressão que praticaram crimes contra a humanidade. Em oposição frontal aos princípios do direito internacional penal, aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a competência da Corte Interamericana e a própria Constituição da República e o Poder Judiciário vem firmando jurisprudência contrária a estes postulados internacionais, não exercendo o controle de convencionalidade exigido para estes casos.

---

<sup>259</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.63.

<sup>260</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.64.

<sup>261</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.64.



Os processos penais para responsabilização destes crimes praticados no contexto do terrorismo de Estado, não resultam em condenações, em razão de argumentos rejeitados pelo Direito Internacional Penal e pelas Cortes de Direitos Humanos. A imprescritibilidade, por exemplo, desde o final da Segunda Guerra é uma norma *jus cogens* do Direito Internacional Público. Pablo F. Parenti, afirma neste sentido:

Sabe-se que a Convenção 'afirma' a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, expressão com a qual se tentou deixar claro que não estava criando uma norma até esse momento inexistente, e sim que se estava inserindo no texto uma norma que já estava vigente. Dessa forma, os redatores da Convenção partiram do princípio de que a imprescritibilidade já regia antes de sua elaboração e que por isso não é materialmente retroativa quando afirma que os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, 'qualquer que seja a data em que se tenham cometido'.<sup>262</sup>

Em razão da extinção da ação penal movida contra os responsáveis pelo assassinato de Herzog e, posteriormente pela declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia, no julgamento da ADPF 153, em 2010, a Corte Interamericana, assentou no julgamento, que as autoridades judiciárias não exerceram o controle de convencionalidade.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Herzog, afinal decidiu no tocante a punição dos responsáveis pelo assassinato, o seguinte:

O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença.<sup>263</sup>

As decisões dos casos Herzog e Gomes Lund, por um aspecto demonstram que o Poder Judiciário brasileiro não vem exercendo o controle de

<sup>262</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CrIDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

<sup>263</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

convencionalidade, quando as normas internacionais se referem à obrigação de processar e punir os responsáveis pelo cometimento de crimes contra a humanidade.

A jurisprudência majoritária do STF, não aplica a Constituição em conjunto com instrumentos supranacionais. Segundo Néstor Sagüés,<sup>264</sup> na atualidade a constituição não deve ser aplicada isoladamente, mas “convencionalizada”, ou seja: conformada e completada por tratados de direitos humanos e pela jurisprudencia da Corte Interamericana de Derechos Humanos. Escreve o autor que esse controle de convencionalidade: “implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>265</sup>

Sagüés propõe um sistema de controle misto: preventivo e reparador. O primeiro antes de se editar a norma e o segundo na aplicação da norma, momento em que se observará a conformidade com a Convenção Interamericana de Derechos Humanos e a jurisprudência da CrIDH.

Como exemplos de controle reparador, Sagüés traz as leis de anistia que foram derogadas no âmbito do controle de convencionalidade no Uruguai e na Argentina. Os casos argentinos são a revogação pelo Congresso das Leis da obediência devida e do ponto final, as quais:

importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos el regimen militar de 1976/83, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.<sup>266</sup>

No Uruguai, a chamada lei de caducidade, mesmo tendo sido submetida à consulta popular, foi anulada pela Corte Suprema no exercício do controle de convencionalidade.

No Brasil, o controle de convencionalidade reparador, na classificação de Sagüés, deve ser aplicado no julgamento da lei de anistia brasileira, pois sem dúvida

---

<sup>264</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014.

<sup>265</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p.24.

<sup>266</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p.27.

alguma esta norma contraria a constituição convencionalizada, conformada pelas normas de direito internacional dos direitos humanos e pela jurisprudência da CrIDH.

Por outro lado, os julgamentos dos casos citados, deixam o Brasil em situação de descumprimento das obrigações assumidas, na medida em que reconheceu a competência da Corte Interamericana. Na sentença do caso Herzog, o Tribunal ressaltou a responsabilidade internacional do Brasil:

A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.<sup>267</sup>

Nos dois casos o Estado brasileiro foi condenado a investigar, processar e punir os responsáveis pela tortura e morte de Herzog e pelo desaparecimento dos militantes que participaram da Guerrilha do Araguaia. Considerando que até o momento o Brasil não cumpriu os termos da sentença - notadamente em razão do julgamento da ADPF 153 -, está desrespeitando uma obrigação internacional. E como referido pela Corte na transcrição acima, os Estados-parte se comprometem a cumprirem as obrigações de boa-fé, (artigo 63 da Convenção).<sup>268</sup> A decisão do Supremo Tribunal Federal, contudo, prolatada na ADPF 153, a qual declarou a validade da Lei de Anistia, infringe a Convenção Interamericana, precedente que

---

<sup>267</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.82.

<sup>268</sup> O artigo 63 da Convenção Interamericana de Direito Humanos, dispõe: 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, 2020. Assinada em 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm#:~:text=Ningu%C3%A9m%20deve%20ser%20submetido%20a,dignidade%20inerente%20ao%20ser%20humano)>. Acesso em: 16 set. 2020).

evidencia que a Corte Suprema não aplica as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. André de Carvalho Ramos aponta como uma das causas para essa jurisprudência a realização de uma interpretação nacional e não uma interpretação internacionalista como seria o caso, ou seja, o Judiciário realiza uma interpretação: “sob uma ótica nacional, desprezando a interpretação da Corte Interamericana.”<sup>269</sup>

O estudo comparado com os demais países do Cone Sul, relativamente à jurisprudência destes crimes contra a humanidade, será desenvolvido nos próximos capítulos. Diferentemente da Corte Suprema brasileira, os Tribunais do Uruguai, Chile e Argentina, condenaram dezenas de agentes e mandatários dos regimes autoritários.

As causas dessa discrepância para situações jurídicas idênticas nortearão a sequência do estudo. No caso brasileiro, além da inobservância das normas internacionais, outro aspecto que chama a atenção é o fato da jurisprudência brasileira ser contraditória internamente. Nos pedidos de reparação pelos danos causados pelo denominado terrorismo de Estado, há farta jurisprudência com decisões condenatórias, exercendo-se nessas questões o necessário controle de convencionalidade. Contudo, quando a ação é penal e trata da punição dos agentes da repressão, impera a impunidade, em flagrante violação ao direito internacional e mesmo ao direito nacional, conforme será abordado nos capítulos seguintes.

### **3.2 Estudo comparado da jurisprudência dos tribunais constitucionais do Cone Sul e a impunidade no Brasil**

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar as causas da posição isolada do Brasil no tema da persecução criminal dos agentes públicos que cometeram crimes na vigência dos regimes autoritários. Apesar dos países terem experimentados regimes autoritários similares no mesmo período histórico, o Brasil é o único país que segue descumprindo as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no tocante ao dever de investigar e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos ocorridas na vigência do regime de exceção.

---

<sup>269</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.75.

### 3.2.1 A persecução penal no Argentina

No dia 4 de agosto de 2020, o Jornal Folha de São Paulo, publicou reportagem com o seguinte título: “Argentinos reagem à liberação de opressor durante a pandemia: Presos são grupos de risco; entidades de direitos humanos se opõem devido a gravidade dos crimes na ditadura”.<sup>270</sup> Levando em conta apenas o título do texto da jornalista Sylvia Colombo, as diferenças de tratamento dessa questão entre a Argentina e o Brasil são enormes. Na Argentina, está se discutindo a liberação de agente da repressão por questões sanitárias em razão da pandemia da Covid-19. Organizações de direitos humanos manifestaram-se publicamente de modo contrário a soltura.

No Brasil, obviamente, a discussão sobre soltura de agentes da repressão não é possível, na medida em que nenhum dos agentes que cometeram crimes no período de exceção foram presos. Nem mesmo houve discussão abrangente na sociedade, sobretudo quanto à punição dos agentes públicos. O debate sobre este tema ficou restrito às vítimas, seus familiares e a setores da sociedade que não conseguiram repercutir nacionalmente essa questão, tão sensível em outros países do Cone Sul, especialmente na Argentina.

Na disputa entre as narrativas do esquecimento e da punição, no caso brasileiro, sem dúvida alguma venceu a versão de se apagar esses crimes da história, como se não tivessem acontecido. Em artigo que tem por objetivo analisar as notícias publicadas nos jornais sobre o tema, no período de 2001 a 2010, Silva Filho<sup>271</sup> mostra que a chamada grande imprensa manifestou-se contrariamente à punição dos torturadores, como por exemplo, mostra a nota publicada no Jornal O Globo em 26 de julho de 2008, em que se afirmou quanto à punição destes agentes que: “É insano, pois o país não deseja resgatar do passado esse capítulo

---

<sup>270</sup> COLOMBO, Sylvia. Argentinos reagem a liberação de opressor durante a pandemia: Presos são grupos de risco; entidades de direitos humanos se opõem devido a gravidade dos crimes na ditadura. **Jornal Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=49240&anchor=6416872&origem=busca&originURL=&pd=8e739566c052666622c323bef4ab0517>>. Acesso em 04 dez. 2020.

<sup>271</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.179-209.

vergonhoso da História, o que também teria de prever a ida ao banco dos réus de beneficiários da Bolsa Ditadura”.<sup>272</sup>

A reportagem de Sylvia Colombo informa que no mês de agosto de 2020, há nas prisões argentinas 221 agentes da repressão condenados e cita a opinião do advogado Emanuel Lovelli, que trabalha junto à Associação Avós da Praça de Maio: “O Estado tem que ser responsável por garantir as condições de isolamento nas penitenciárias e pelo tratamento em hospitais dos infectados.”<sup>273</sup>

Na Argentina, discute-se a liberação dos agentes da repressão neste momento de pandemia, discussão distante de ocorrer no Brasil, pois não há nenhum condenado, e, portanto, ninguém encarcerado. Entretanto, se essa discussão acontece na atualidade é porque houve um longo caminho, não sem sobressaltos, para se chegar aos mais de duzentos presos nestes tempos de pandemia.

Neste sentido, pode-se dizer que a discussão acerca da persecução penal dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos na Argentina inicia-se imediatamente após a derrocada da ditadura civil-militar. O primeiro presidente eleito, Raul Alfonsín, três dias depois de assumir, baixou os Decreto números 157 e 158, ambos de 13 de dezembro de 1983, em que se declara a necessidade de promover a persecução penal com relação aos fatos ocorridos depois de 25 de maio de 1973,<sup>274</sup> data do golpe. O Decreto 157, determinava a investigação penal de 7 militantes de organizações que participaram de ações armadas contra o regime de

---

<sup>272</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.191.

Quanto ao termo Bolsa Ditadura, o autor esclarece sua origem no seguinte trecho do texto: “Quanto a expressão “Bolsa Ditadura”, importa esclarecer que ela surgiu pela primeira vez em texto do jornalista Elio Gaspari publicado no jornal O Globo, em 12 de março de 2008, intitulado: “Em 2008 remunera-se terrorista de 1968”. O texto comentava a reparação recebida por Diógenes Carvalho de Oliveira, apontado como uma das pessoas que teria colocado uma bomba no Consulado Estadunidense em São Paulo e cuja explosão vitimou Orlando Lovecchio Filho, que veio a perder uma perna. O jornalista compra a reparação recebida por Diógenes com uma pensão especial recebida por Lovecchio (que não provém da Comissão de Anistia), sendo está menor que aquela. Nesse texto, mesmo reconhecendo o direito de Diógenes, Gaspari critica a reparação menor recebida por Lovecchio e utiliza pela primeira vez o termo “Bolsa Ditadura” para se referir à reparação pecuniária determinada pela Comissão de Anistia, demarcando sem dúvida um tom pejorativa para ela.” (SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.185-186).

<sup>273</sup> COLOMBO, Sylvia. Argentinos reagem a liberação de opressor durante a pandemia: Presos são grupos de risco; entidades de direitos humanos se opõem devido a gravidade dos crimes na ditadura. **Jornal Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=49240&anchor=6416872&origem=busca&originURL=&p d=8e739566c052666622c323bef4ab0517>>. Acesso em 04 dez. 2020.

<sup>274</sup> JUSTICIA de Trancision em Argentina. **Human Rights Library**, [2020?]. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/research/argentina/justicia.html>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

exceção.<sup>275</sup> Já o Decreto 158, determinava a abertura de processos penais contra os integrantes das Juntas Militares que governaram o país no período da ditadura civil-militar. Na exposição de motivos, como primeira justificativa, consta:

Que la Junta Militar que usurpó el gobierno de la Nación el 24 de marzo de 1976 y los mandos orgánicos de las fuerzas armadas que se encontraban en funciones a esa fecha concibieron e instrumentaron un plan de operaciones contra la actividad subversiva y terrorista, basado en métodos y procedimientos manifiestamente ilegales. Que entre los años 1976 y 1979 aproximadamente, miles de personas fueron privadas ilegalmente de su libertad, torturadas y muertas como resultado de la aplicación de esos procedimientos de lucha inspirados en la totalitaria 'doctrina de la seguridad nacional'.<sup>276</sup>

Assim, três dias após o início do primeiro governo democrático, o Presidente Alfonsín determina a persecução penal dos integrantes das Juntas militares que governaram o país. A partir deste momento, esse tema será objeto de intenso debate social, tendo o Poder Executivo em vários momentos oscilado entre a persecução penal e a impunidade, promovendo por exemplo: anistias e indultos, leis limitadoras como a lei da obediência devida e do ponto final. Esses movimentos em direção ao atendimento dos anseios de impunidade dos militares enfrentaram forte resistência da sociedade civil, especialmente dos movimentos de defesa dos direitos humanos, como a Associação das Avós da Praça de Maio.<sup>277</sup>

A decisão de promover a persecução penal dos militares e dos opositores, no início do governo Alfonsín, teve como consequência imediata a anulação da lei de anistia, chamada de lei de pacificação nacional, a qual foi revogada em 22 de dezembro de 1983.<sup>278</sup> O começo deste processo de persecução penal, através dos decretos 157 e 158, é marcado por dois aspectos: a seletividade penal e a teoria dos

---

<sup>275</sup> Alfonsín, ao tomar posse em 10 de dezembro 1983, como primeiras medidas de seu governo, propôs no Congresso a derrogação da autoanistia que os militares haviam garantido e editou os Decretos no 157 e 158, que ordenavam o julgamento de sete dirigentes da guerrilha de esquerda e das três primeiras Juntas Militares que capitanearam a ditadura argentina.

<sup>276</sup> ARGENTINA. **Decreto 158/83**. Disponível em: <[https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cpm/normativa/lesa/Decreto\\_158.pdf](https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cpm/normativa/lesa/Decreto_158.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>277</sup> En 1977 se constituyó un grupo de madres y abuelas de personas desaparecidas que comenzaron a protestar de forma silenciosa y sistemática en la “Plaza de mayo”, exigiendo la aparición con vida de sus familiares. (OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.107).

<sup>278</sup> Escrevem os autores: “La auto-amnistía o ley de pacificación nacional fue derogada el 22 de diciembre de 1983 y declarada nula por la ley 23.040, esto es, como si no hubiese tenido ningún efecto jurídico.” (OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.108)

dois demônios. A seletividade quanto aos agentes da repressão, evidenciou-se na determinação de abertura de processos apenas contra os integrantes das Juntas<sup>279</sup>, que governaram a Argentina, bem como das lideranças das organizações que praticaram ações violentas. Segundo Quinalha, esse primeiro movimento mostra: “a ambígua política de Direitos Humanos do presidente Raúl Alfonsín, que optou por um caminho de justiça seletiva contra poucos líderes e de impunidade para todo o resto da estrutura repressiva do terrorismo de Estado.”<sup>280</sup> A teoria dos dois demônios, por sua vez, significa que a persecução penal atingiria os dois lados, tanto o terrorismo de Estado como o subversivo.<sup>281</sup>

No entanto, essa narrativa de punição do terrorismo estatal e subversivo, não era uma ideia que surgiu com a eleição do primeiro governo civil, mas era um discurso da área militar que buscava, pelo menos desde 1974, justificar o terrorismo do Estado, pois: “pode-se afirmar que sua característica central é utilizar a ação armada de grupos opositores como antecedente e justificativa para a repressão organizada do Estado.”<sup>282</sup> Essa teoria foi difundida pelos militares buscando: “justificar sus crímenes como una forma de reacción ante la agresión previa de los grupos guerrilleros según una lógica de guerra o enfrentamiento armado.”<sup>283</sup>

Essa teoria foi artificialmente difundida pelos militares brasileiros e argentinos, como menciona Caroline Silveira Bauer:

Os militares apresentaram diversos argumentos para a justificação e consequente legitimação das ações desempenhadas. Em primeiro lugar, os militares argentinos e brasileiros afirmaram que as ditaduras e sua consequente repressão foram respostas reativas a ‘subversão’ e ao ‘terrorismo’. Assim, os militares afirmam que estiveram envolvidos em uma

---

<sup>279</sup> As Juntas reuniam os comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica.

<sup>280</sup> QUINALHA, Renan Honório. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. **Revista Jurídica da Presidência**, São Paulo, v. 15, n. 105, 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/71>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>281</sup> QUINALHA, Renan Honório. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. **Revista Jurídica da Presidência**, São Paulo, v. 15, n. 105, 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/71>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>282</sup> QUINALHA, Renan Honório. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. **Revista Jurídica da Presidência**, São Paulo, v. 15, n. 105, 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/71>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

<sup>283</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.108.



guerra, o que justificaria alguns excessos, pois todos os conflitos armados possuem 'comportamentos desviantes'.<sup>284</sup>

Os militares argentinos defendiam neste momento de transição política para a democracia, justificavam a impunidade para seus crimes, tendo em conta que tais ações criminosas foram necessárias para conter as ações violentas praticadas pelos movimentos de guerrilha. Por outro lado, buscavam restringir as responsabilidades pelos crimes unicamente aos Comandantes em Chefe que: “estuvieron al frente del gobierno del país entre 1976 y 1983, aceptando así el fundamento de la doctrina de la responsabilidad del superior por las acciones cometidas por subordinados”<sup>285</sup>. Acrescentavam, no entanto, que como estavam numa guerra: “sus actos no deberían ser juzgados por los hombres sino por Dios”.<sup>286</sup>

Não obstante, a posição dos líderes militares, em cumprimento ao Decreto 158, iniciou-se a perseguição penal dos integrantes das três primeiras Juntas que governaram o país, tendo sido excluídos os integrantes da última Junta, por terem sido responsáveis apenas pelo processo de transição para o governo civil.<sup>287</sup> Após discussão sobre se a competência para o julgamento dos militares era da justiça militar ou da justiça comum, prevaleceu o juízo comum para o processamento das ações penais.<sup>288</sup>

As acusações feitas pelo Ministério Público aos Chefes militares, relativas aos graves crimes perpetrados como: detenções ilegais, torturas e homicídios foram embasadas na teoria da autoria mediata, ou seja, os comandantes das forças armadas eram responsáveis por terem dado ordens e organizado o aparelho repressivo, mesmo sem terem sido os executores diretos.<sup>289</sup> Segundo Olasolo e Palermo:

---

<sup>284</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.191.

<sup>285</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.108.

<sup>286</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.108.

<sup>287</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.191.

<sup>288</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.192.

<sup>289</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.110.

Para la imputación se utilizó la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder de Roxin, en tanto los jefes de las juntas militares mantuvieron siempre el dominio sobre los ejecutores y deberían responder como autores mediatos de los delitos cometidos.<sup>290</sup>

No julgamento, admitiu-se que as ordens foram dadas pelos integrantes das Juntas, sendo estes os responsáveis pela planificação e institucionalização pelo Estado desta política de violações, caracterizando por isso, o terrorismo de Estado.<sup>291</sup>

A adoção da teoria da autoria mediata no julgamento, teve como consequência a impunidade dos executores materiais, neste primeiro momento. Entretanto, essa impunidade temporária, posteriormente foi superada, tendo em vista que entre os anos de 1985 e 1986, foram instaurados mais de 1500 processos contra agentes da repressão argentina.<sup>292</sup>

O julgamento dos chefes das Juntas, evidentemente, conformou um marco importante para a punição dos crimes contra a humanidade na Argentina, afinal estavam sentados no banco dos réus os comandantes militares que governaram o país no período de exceção. Segundo Olasolo e Palermo, este julgamento da Câmara Federal: “fue un punto de inflexión importante en la justicia penal argentina e internacional, pues significó la primera aplicación a un caso práctico de una teoría que permitía explicar los crímenes cometidos desde el Estado”.<sup>293</sup>

O processo penal contra os integrantes das Juntas teve início com a denúncia do Fiscal (Promotor Público) de la Cámara de Apelaciones da Capital Federal, Julio Strassera, com imputações de crimes previstos na legislação argentina, conforme quadro abaixo:<sup>294</sup>

<sup>290</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.110.

<sup>291</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.107.

<sup>292</sup> A instauração destes milhares de processos pelo Ministério Público argentino, resultou em levantes militares e na decisão do Presidente Alfonsín, de fixar um prazo para a abertura de novos processos, tendo por isso encaminhado projeto de lei, o qual foi aprovado em 23 de dezembro de 1986, resultando na Lei 23.049, ficando conhecida como a Lei de Ponto Final. (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.183).

<sup>293</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.110.

<sup>294</sup> BARRIENTOS-PARRA, Jorge D. O paradigmático caso do processo às juntas militares argentinas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14, n. 26, p.53-70, jan. jun. 2014.

Quadro 2 - Relação das condenações na Argentina

Acusado	Crimes	Pena
Jorge Rafael Videla	83 homicídios qualificados; 504 privações ilegais de liberdade qualificadas; 254 casos de tortura; 94 roubos; 180 falsidades ideológicas de documento público; 4 usurpações; 23 reduções a condição análoga à de escravo; 2 sequestros extorsivos; uma extorsão; uma supressão de documento; 7 subtrações de crianças.	Prisão perpétua
Emilio Eduardo Massera	83 homicídios qualificados; 523 privações ilegais de liberdade qualificadas; 267 casos de tortura; 102 roubos; 201 falsidades ideológicas de documento público; 4 usurpações; 23 reduções a condição análoga à de escravo; uma extorsão; 2 sequestros; uma supressão de documento; 11 subtrações de crianças.	Prisão perpétua
Orlando Ramón Agosti	88 homicídios qualificados; 581 privações de liberdade qualificadas; 278 casos de tortura; 234 falsidades ideológicas; seis usurpações; 27 reduções a condição análoga à de escravo; uma extorsão; 2 sequestros extorsivos; uma supressão de documento; 11 subtrações de crianças.	Prisão perpétua
Roberto Eduardo Viola	5 homicídios qualificados; 152 privações ilegais de liberdade; 49 casos de tortura; 17 roubos; 105 falsidades ideológicas de documento público; uma usurpação; 32 reduções a condição análoga à de escravo; e uma subtração de criança.	Prisão perpétua
Armando Lanbruschini	5 homicídios qualificados; 117 privações ilegais de liberdade qualificadas; 35 casos de tortura; oito roubos; 98 falsidades ideológicas de documento público; uma usurpação; 32 reduções a condição análoga à de escravo; e uma subtração de criança.	Prisão perpétua
Leopoldo Fortunato Galtieri	11 privações ilegais de liberdade; uma tortura; 17 falsidades ideológicas de documento público; uma usurpação; 8 reduções a condição análoga à de escravo; 217 encobrimentos de crimes.	15 anos de prisão
Omar Rubens Graffigna	34 privações ilegais de liberdade qualificadas; 15 casos de tortura; 67 falsidades ideológicas de documento público; uma usurpação; 18 reduções a condição análoga à de escravo; 172 encobrimentos de crimes e uma subtração de criança.	15 anos de prisão
Jorge Isaac Anaya	3 falsidades ideológicas de documento público; uma privação ilegal de liberdade qualificada; uma usurpação; uma redução a condição análoga à de escravo; e 217 encobrimentos de crimes.	12 anos de prisão
Basilio Lami Dozo	uma privação ilegal de liberdade qualificada; uma falsidade ideológica de documento público; uma usurpação; uma redução a condição análoga à de escravo; 217 encobrimentos de crimes.	10 anos de prisão

Fonte: Quadro elaborado pelo autor com base Barrientos-Parra (2014).

Essas acusações imputadas pelo Ministério Público argentino, como supra referido, adotaram a teoria da autoria mediata: os comandantes das Juntas não participaram diretamente dos crimes, mas devem ser responsabilizados porque foram eles os que deram as ordens e institucionalizaram o aparelho repressivo. O Ministério Público, sustentou que foram eles que deram as ordens para a execução dos crimes, no contexto de um aparato institucional organizado. Em outras palavras: essa situação caracteriza o que se denominou como: “terrorismo de Estado”. Segundo Barrientos-Parra: “A chefia destes tipos de organização domina os fatos de tal maneira que, uma vez tomada a decisão para que ocorra determinado crime, este acontece sem necessidade de que se conheçam seus executores diretos.”<sup>295</sup>

Ao final do julgamento em 26 de abril de 1986, a Cámara Nacional de Apelaciones, condenou à prisão perpétua Jorge Videla e Eduardo Massera, tendo esta condenação, posteriormente sido confirmada pela Corte Suprema.<sup>296</sup> Além destes foram condenados: Orlando Ramón Agosti, a quatro anos e seis meses de prisão; Roberto Eduardo Viola, a 17 anos de prisão; Armando Lambruschini, a 8 anos de prisão. Os demais acusados, foram absolvidos: Omar Domingo Graffigna, Leopoldo Fortunato Galtieri, Jorge Anaya e Basilio Lami Dozo.<sup>297</sup>

O processo penal dos Chefes militares tramitou com extrema rapidez, dada a disposição do governo eleito de encerrar esse tema tormentoso no menor tempo possível, tendo por isso em oito meses sido ouvidas 833 testemunhas de acusação. Posteriormente, o juiz Leon Carlos Arslanian, afirmou sobre essa fase do julgamento: “La verdade es que no podíamos creer em lo que oíamos”.<sup>298</sup> As sentenças condenatórias dos integrantes das Juntas, contudo, detonaram uma série de rebeliões militares, as quais motivaram o governo democrático presidido por Raúl Alfonsín, propor a chamada lei do ponto final, promulgada em dezembro de 1986, a qual fixou um prazo para que o Estado iniciasse a persecução penal dos agentes da repressão argentina.<sup>299</sup>

---

<sup>295</sup> BARRIENTOS-PARRA, Jorge D. O paradigmático caso do processo às juntas militares argentinas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14, n. 26, p.53-70, jan. jun. 2014.

<sup>296</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.191.

<sup>297</sup> BARRIENTOS-PARRA, Jorge D. O paradigmático caso do processo às juntas militares argentinas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14, n. 26, p.53-70, jan. jun. 2014.

<sup>298</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.181.

<sup>299</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.99.

Neste contexto de instabilidade política da incipiente democracia argentina, o presidente Alfonsín, pouco tempo depois, em maio de 1987, propôs nova lei objetivando atender a área militar, mediante a exclusão da persecução penal dos militares de baixa patente, sob o argumento de que apenas obedeceram a ordens.<sup>300</sup>

A partir deste momento, o Poder Executivo, especialmente a partir da eleição em 1989 de Carlos Menem, pressionado pelos militares, decidiu garantir a impunidade dos agentes da repressão, mediante a edição de decretos de indulto. Caroline Bauer, menciona os decretos de indulto de centenas de militares:

Em 7 de outubro de 1989, Menem assinou os Decretos 1.002, 1003, 1004 e 1005, indultando agentes da repressão argentinos e estrangeiros, integrantes das cúpulas das organizações guerrilheiras, e os 'carapintadas' sublevados, totalizando 300 indultos. Após nova rebelião, ocorrida no dia 3 de dezembro de 1990, Menem ampliou os chamados 'decretos de indulto', promulgando, em 30 de dezembro, os Decretos 2.741, 2.742 e 2.743, beneficiando os ex-membros da Juntas Militares que governaram o país a partir de 1976, além de José Alfredo Martínez Hoz, ministro da Economia do Proceso, Juan Ramón Alberto Campos e Ovidio Pablo Riccheri, chefes de Policía de la provincia de Buenos Aires, entre outros.<sup>301</sup>

A Justiça argentina, a despeito dos indultos, prosseguiu na persecução dos agentes da repressão e, conseqüentemente, nas condenações. A abertura de processos penais e as punições foram viáveis em razão da derrogação destas normas de impunidade, como os indultos e a anistia, sob o argumento de que tais normas contrariavam as normas internacionais dotadas de força imperativa.<sup>302</sup> As sentenças condenatórias, como aponta Pablo Parenti<sup>303</sup>, tem como fundamento comum a aplicação das normas do Direito Internacional Público (Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos).

Esse fato, sem dúvida alguma, constitui uma das razões para a punição dos agentes da repressão na Argentina e para a impunidade no caso brasileiro. Isto porque, como exposto no capítulo antecedente, as decisões das Cortes Superiores no Brasil, afastaram a incidência das normas internacionais e das decisões da Corte

---

<sup>300</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.184.

<sup>301</sup> BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória**. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.187.

<sup>302</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.112.

<sup>303</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CrIDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

Interamericana de Direitos Humanos. No caso das normas internacionais, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi reconhecida na Argentina e no Brasil não. Quanto às decisões da Corte Interamericana, o Supremo Tribunal brasileiro, declarou a validade da Lei de anistia, ao passo que na Argentina, a anistia foi declarada nula, em observância a jurisprudência das cortes internacionais.

Segundo Parenti, pelo menos desde 1989, a jurisprudência argentina tem reconhecido a força imperativa das normas internacionais, inclusive aquelas formadas pelo costume, como demonstra o julgamento da extradição de Schwamberger<sup>304</sup>, no qual se reconheceu a força normativa do costume internacional. Neste aspecto, denota-se uma profunda diferença de tratamento da persecução penal entre o Brasil e a Argentina. No Brasil, o costume internacional e mesmo as normas positivadas “*jus cogens*”, não são aplicadas pelas Cortes superiores.

A aplicação de normas costumeiras para o reconhecimento da imprescritibilidade, suscitou discussão sobre a violação do princípio de legalidade em matéria penal. Segundo Parenti, na Argentina:

A jurisprudência atualmente dominante afirma que a forma consuetudinária que estabelece a imprescritibilidade já estava vigente no momento de comissão dos fatos com relação aos quais tal regra é aplicada.<sup>305</sup>

Segundo Parenti:

O principal argumento sustentado pelos juízes que defendem a aplicação da Convenção para fatos anteriores à sua ratificação também se apoia na vigência prévia da imprescritibilidade no Direito Internacional Consuetudinário. Especificamente, o costume internacional aparece mencionado para negar que a Convenção seja uma norma materialmente retroativa. A retroatividade da Convenção seria só formal (enquanto sua forma escrita), dado que a norma que estabelece a imprescritibilidade dos

---

<sup>304</sup> A discussão sobre a viabilidade de fundar a imprescritibilidade no costume internacional se iniciou na Argentina a partir do voto do juiz Leopoldo Schiffrin no processo de extradição de Schwamberger, em 1989. Anteriormente, em 1995, foi a própria CSJN que baseou no costume internacional sua decisão de extraditar Erich Priebke para a República da Itália. A partir de 1998, a doutrina originada desses precedentes começou a ser usada por juízes argentinos nos casos estritamente penais. Essa linha jurisprudencial foi se abrindo de forma crescente até sua ratificação por parte da CSJN nos casos Arancibia Clavel (2004)<sup>3</sup> e Simón (2005). (PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CrIDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40).

<sup>305</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CrIDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

crimes contra a humanidade já teria estado vigente antes como normas consagradas no costume internacional.<sup>306</sup>

Pablo Parenti acrescenta que os precedentes que dispensam a existência de lei nacional formal sustentam que essa exigência no campo do Direito Internacional deve ser avaliada levando em conta as características desse ramo do direito, em que não há um poder legislativo centralizado, sendo que o requisito da prévia norma positiva, deve ser considerado como assegurado pelos tratados, resoluções e declarações internacionais que constituem o Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>307</sup> Outro elemento que pode ser destacado nesta jurisprudência majoritária, quanto ao princípio da legalidade é a de:

Remarcar a existência de tipos penais que já proibiam as condutas objeto de julgamento. Dessa maneira, se destaca que o princípio de legalidade do art. 18 da CN está presumido em seus âmbitos mais sensíveis: a tipicidade e a pena.<sup>308</sup>

A Suprema Corte Argentina, em 1992, no julgamento do caso, Ekmekdjian c. Sofovich, afirmou a supremacia dos tratados de direitos humanos perante às leis internas.<sup>309</sup> Dois anos depois dessa decisão, a supremacia dos tratados internacionais frente à legislação interna, foi objeto de reforma constitucional, tendo os tratados sido alçados a hierarquia constitucional, formando um bloco de constitucionalidade. Olasolo e Palermo, definem esse bloco da seguinte forma:

Este bloque estaría integrado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1969, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de 1984,

---

<sup>306</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CriDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

<sup>307</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CriDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

<sup>308</sup> PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CriDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020. p.40.

<sup>309</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.111.

la Convención contra las Desapariciones Forzadas, entre otros pactos internacionales.<sup>310</sup>

Entretanto, não foi apenas o Poder Judiciário, que cumprindo com suas competências prosseguiu na persecução penal dos agentes da repressão, recebendo as denúncias, declarando nulas as normas de impunidade e proferindo sentenças condenatórias. O Poder Legislativo também atuou nessa questão, editando lei que declarou nulas as leis do ponto final e da obediência devida: “Em 2003, el Congreso a través de la ley 25.779 declaró la “nulidad insanable” o ab initio de las mencionadas leyes de punto final y obediencia debida. La Corte Suprema confirmó esta situación en la sentencia del caso Simón en el año 2005.”<sup>311</sup>

Na Argentina, a persecução penal dos agentes que cometeram crimes contra a humanidade, contou com a atuação do Parlamento, da Justiça e da sociedade civil, através das entidades de defesa dos direitos humanos. Registre-se que em um primeiro momento, o Poder Executivo, igualmente empenhou-se na persecução penal, como por exemplo no Julgamento da Juntas, que foi iniciado por decreto baixado pelo presidente Alfonsín. E é justamente essa junção institucional de ações que determinam as condições para a realização da justiça de transição no tocante a punição dos responsáveis por crimes contra a humanidade. No Brasil, ao contrário, os poderes da república agiram para garantir a impunidade. O Congresso, aprovando leis de anistia. O Judiciário validando estas leis e desprezando as normas internacionais e as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estando pendente, por exemplo, há mais de uma década, embargos declaratórios interposto pela OAB, na ADPF 153, onde questiona-se os efeitos da sentença do caso Gomes Lund, decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reafirmou a nulidade de leis de anistia para graves violações de direitos humanos.

E a persecução penal dos agentes da repressão não se deu apenas nos limites da jurisdição nacional. Com fundamento no princípio da jurisdição universal prevista em tratados internacionais ratificados pela Argentina, houve no final de década dos anos 1990, pedidos de extradição e condenações na Espanha. Essas ações em nível global foram detonadas por confissões públicas de agentes, como

---

<sup>310</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay.** Valencia: Tirant lo blanc, 2018. pp. 111.

<sup>311</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay.** Valencia: Tirant lo blanc, 2018. pp. 113.



Adolfo Scilingo, que detalhou os métodos de extermínio de opositores políticos, conhecidos como voos da morte, nos quais as vítimas eram atiradas nas águas do Rio da Prata. Além de Scilingo, também o Chefe do Estado Maior do Exército, Martín Balsa, declarou que não se podia admitir a ausência de responsabilidade para aqueles que obedeceram às ordens para o cometimento de crimes, ou seja, ordens injustas, sendo inconcebível pretender-se justificar tais atos como decorrentes da obediência devida. Em razão de sua confissão e de viagem a Espanha, o juiz Baltasar Garzón, determinou a prisão de Adolfo Scilingo em 1997, tendo sido condenado em 2005 a uma pena de 640 anos de prisão, pelos crimes de detenção ilegal, tortura e homicídios.<sup>312</sup>

Nos limites da jurisdição interna, contudo, o julgamento que é considerado um marco da justiça de transição argentina, relativamente ao pilar da justiça e, por conseguinte, a persecução penal dos agentes da repressão é o do caso Simón. A Suprema Corte nesta decisão declarou nulas as leis de impunidade, ou seja: a lei do ponto final, a lei da obediência devida e a lei de anistia.<sup>313</sup> O Tribunal, destacou que devia ser obedecida à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos, especialmente o precedente “Barrios Altos”, no qual se assentou que carecem de efeitos jurídicos, leis de anistia ou que disponham sobre a prescrição da ação penal, objetivando impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos.<sup>314</sup>

A sentença relativa ao julgamento de Julio Simon, acusado pela prática dos crimes de sequestro de José Liborio Poblete, Gertrudis Marta e da filha do casal, Claudia Poblete, posteriormente entregue ao Tenente Coronel Ceferino Landa, descreve os fatos delituosos da seguinte forma:

Que em virtude de la prueba producida el agente fiscal amplió el requerimiento de instrucción en los siguientes términos ‘De acuerdo a los elementos colectados en las presentes actuaciones es, la menor Claudia Victoria Poblete fue secuestrada junto con sus progenitores José Liborio Poblete y Gertrudis Marta Hlazikel em 28 de noviembre de 1978. Esta familia

---

<sup>312</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. pp. 115.

<sup>313</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.113.

<sup>314</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII**. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

há permanecido detenida el centro de detención clandestina conocido como 'El Olimpo'. Lugar es te em que el matrimonio Poblete fuera despojado de su hija Claudia, mediante el artilugio de que sería de vuelta a sus abuelos, hecho es te que jamás tuvo lugar. De acuerdo com las constâncias de autos, y el testimonio de algunas personas que permanecieron em calidad de detenidos clandestinos em 'El Olimpo' centro éste que estuvo a cargo del General Suárez Mason, algunos de los represores que habían estado encargados de dicho lugar serían responsables del secuestro y la operatória que culminara en la entrega de Claudia Victoria Poblete a manos del Teniente Coronel Ceferino Landa. Entre aquellos que tendrían conocimiento del destino que se le diera a la menor sem encontrarían.... Julio Simón.<sup>315</sup>

A Suprema Corte, na sentença condenatória de Simón, expressamente consignou que a decisão da Corte Interamericana do caso Barrios Altos, não se trata de um precedente isolado, mas sim de uma decisão que produz efeitos de caráter geral, não se admitindo a promulgação de leis de anistia para graves violações de direitos humanos, em um contexto de terrorismo de Estado, sob pena de responsabilização internacional:

Que, por lo demás, la sentencia en el caso 'Barrios Altos' no constituye un precedente aislado, sino que señala una línea jurisprudencial constante. Así, en la sentencia del 3 de septiembre de 2001, al alcance de dicho caso, la Corte Interamericana ratificó su decisión anterior y señaló que lo allí resuelto se aplicaba con efecto general a todos los de más casos en que se hubieran aplicado las leyes de amnistía examinada se naquela oportunidad, y volvió a insistiren que 'la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado'.<sup>316</sup>

E prossegue a decisão da CSJN, aduzindo a sujeição do Estado argentino a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse entendimento do Judiciário da Argentina, diverge frontalmente da jurisprudência brasileira e constituiu uma das causas fundamentais para a persecução penal para a impunidade dos agentes da repressão no Brasil:

Que, desde ese punto de vista, a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en matéria de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediência debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ella sobstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiários de

<sup>315</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII**. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>316</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII**. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

tales ley es no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo com lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo hay a sido nunca. E notras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de 'irretroactividad' de la ley penal sea invocado para incumplir los deberes asumidos en matéria de persecución de violaciones graves a los derechos humanos.<sup>317</sup>

O julgamento do caso Simón em que se reafirmou a prevalência das normas internacionais e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, propiciou o ajuizamento até o ano de 2017, de 593 causas pela Comissão de Crimes contra a Humanidade, envolvendo 2780 pessoas, sendo que: "175 causas han sido objeto de sentencia en primera instancia, 16 se encuentran en juicio oral, 118 están próximas a las apertura del juicio oral y 284 en fase de instrucción."<sup>318</sup>

Entretanto, como apontam Olasolo e Palermo,<sup>319</sup> apesar da postura firme do Ministério Público e Judiciário argentino, no processamento penal dos autores de graves violações de direitos humanos, persiste entraves na tramitação e punição dos agentes da repressão. Um destes entraves diz respeito à minoritária jurisprudência que afasta a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob o argumento da aplicação da lei nacional e, portanto, da prescrição destes crimes e da violação do princípio da legalidade penal. Outro problema recorrente refere-se à fase processual probatória, a qual em alguns casos torna-se difícil em razão do longo lapso temporal passado da ocorrência dos fatos. Por fim, menciona-se o problema das megacausas, em que há muitos acusados, vítimas e testemunhas, circunstâncias que dificultam a tramitação destes processos. A Suprema Corte argentina divulga estes julgamentos de megacausas, onde pode ser constatado a magnitude destas ações penais:

**Córdoba:** el 2 de julio comenzó ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 de esa ciudad, el juicio que unifica dos causas: por un lado, se juzgará, entre otros, al ex presidente de facto Jorge Rafael Videla y al ex jefe del

<sup>317</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII.** Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>318</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay.** Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.116.

<sup>319</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay.** Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.120.

Tercer Cuerpo de Ejército Luciano Benjamín Menéndez. En tanto, Menéndez y otros once acusados son juzgados en el marco de la causa conocida como 'Gontero', en la que se investigan los secuestros e imposición de tormentos a seis víctimas que fueron detenidas y trasladados a la sede del Departamento de Informaciones Policiales (D2), luego a las instalaciones que el Tercer Cuerpo de Ejército disponía en el campo de la 'La Rivera' y finalmente a la Unidad Penitenciaria N° 1.

**Mar del Plata:** el 17 de agosto pasado arrancó ante el Tribunal Oral Federal de esa ciudad el juicio oral en el que se encuentran acusados el ex general de brigada Alfredo Manuel Arrillaga, el ex capitán de navío Justo Ignacio Ortiz y el ex contralmirante Roberto Luis Pertusio. En el proceso se juzgan dos causas: en una de ellas, Arrillaga, Ortiz y Pertusio están acusados de crímenes en perjuicio de nueve víctimas en el centro clandestino de detención que funcionó en la Base Naval de Mar del Plata durante el último gobierno de facto. Por otro lado, se juzga la causa 'Regine', en la que se investiga la participación de Ortiz y Arrillaga en el secuestro con imposición de tormentos de Luis Salvador Regine.<sup>320</sup>

A Argentina, diferentemente do Brasil, vem realizando uma ativa persecução penal contra os agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, instaurando ações penais, julgando e punindo centenas de pessoas:

Así, a pesar de los múltiples obstáculos a semejante emprendimiento, se ha logrado investigar y juzgar a centenares de responsables por la comisión de graves violaciones a los derechos humanos.<sup>321</sup>

Diferentemente do Brasil, a Argentina segue investigando e punindo os responsáveis por graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura, como aconteceu recentemente, em fevereiro deste ano, quando o Tribunal Federal, condenou à prisão perpétua<sup>322</sup> o ex-oficial da Marinha Carlos Mario Castellví. Também, foram condenados à prisão peretua, nesta megacausa, o ex-policia Raúl Armando Cabral e Miguel Conde. Além destes, foram condenados a 15 anos de prisão: os cabos da Marinha Carlos Néstor Carrillo, José Ángel Iturri, Jorge Luis María Ocaranza e Ramón Torre Zanabria e, por fim a seis anos de prisão, o oficial do batalhão de infantaria de Marinha Claudio Vallejos.

Essas condenações continuam a ocorrer na Argentina em razão da jurisprudencia majoritária que qualifica as violações de direitos humanos perpetradas

<sup>320</sup> LESA humanidad: se realizan 13 juicios orales en todo el país. **Centro de Informacion Judicial**, 2010. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-5027-Lesa-humanidad--se-realizan-13-juicios-orales-en-todo-el-pa-s.html>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

<sup>321</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.120-121.

<sup>322</sup> CENTENERA, Mar. Justiça argentina condena oito repressores da ditadura por crimes contra mais de 800 vítimas. **Jornal El País**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-19/justicia-argentina-condena-oito-repressores-da-ditadura-por-crimes-contra-mais-de-800-vitimas.html>>. Acesso em: 05 maio 2021.

pela ditadura, como crimes de lesa\_humanidade, portanto imprescritíveis. Os juizes do Tribunal argentino: “Adriana Palliotti, Daniel Horacio Obligado e Gabriela López Iñiguez, afirmaram que os crimes contra a humanidade não prescrevem, ou seja, podem ser julgados sem importar o tempo transcorrido.”<sup>323</sup>

### 3.2.2 A persecução penal no Brasil

O Brasil é o único país do Cone Sul que não condenou nenhum acusado. São justamente as causas desta postura que viola o direito internacional e decisões da Corte Interamericana que serão objeto de estudo na sequência do trabalho.

O Estado brasileiro está obrigado pelo Direito Internacional em investigar, processar e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos perpetradas na vigência do regime de exceção da ditadura. Essa obrigatoriedade decorre das normas internacionais, como aquela que define crimes contra a humanidade<sup>324</sup> e as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente às dos casos Gomes Lund e Herzog, que condenaram o Brasil em promover a investigação e responsabilização pelos desaparecimentos forçados e assassinatos de militantes políticos que participaram da Guerrilha do Araguaia e daqueles responsáveis pelo assassinato do jornalista Vladimir Herzog.

Apesar de não possuir força vinculante, o preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional serve como valor para a comunidade internacional expresso no dever de cada Estado em promover a investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos, na vigência de regimes de

---

<sup>323</sup> CENTENERA, Mar. Justiça argentina condena oito repressores da ditadura por crimes contra mais de 800 vítimas. **Jonal El Pais**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-19/justica-argentina-condena-oito-repressores-da-ditadura-por-crimes-contra-mais-de-800-vitimas.html>>. Acesso em: 05 maio 2021.

<sup>324</sup> Além desta norma, podemos arrolar como normas jus cogens que impõe ao Brasil, o dever de investigar e punir os agentes da repressão, as seguintes normas: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Extradicação e Punição de Pessoas Condenadas por Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); l) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade.

exceção.<sup>325</sup> Além da responsabilização penal, os Estados também estão obrigados em reparar os danos provocados às vítimas e aos seus familiares.<sup>326</sup>

No Brasil as condenações relativas às violações de direitos humanos são restritas à reparação de danos. A primeira delas, resulta de ação declaratória, proposta em 1976, por Clarice Herzog, viúva de Vladimir Herzog. Nesta ação postulou-se que a União fosse responsabilizada pela prisão arbitrária, pelas torturas e pela morte do jornalista, bem como pelo pagamento de indenização decorrente de danos materiais e morais. Na fundamentação da sentença do caso, a tortura de Herzog, pelos agentes da repressão, ficou comprovada através do depoimento de Rodolfo Konder, o qual confirma as torturas que levaram o jornalista a morte.<sup>327</sup>

---

<sup>325</sup> No preâmbulo a respeito da necessidade de punição destes crimes consta: “Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional; Decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes; Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais”. (BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 28 out. 2020).

<sup>326</sup> Os especialistas definem como objetivos da justiça de transição a justiça, reparação, verdade e reforma das instituições: “O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação.” (ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.p. 47).

<sup>327</sup> Rodolfo Konder afirma que: “Às seis horas da manhã do dia 24 de outubro do corrente, tocaram a campanha de minha casa, e, quando fui atender, vi que eram três agentes da Polícia, os quais me disseram que eu deveria acompanhá-los para prestar alguns esclarecimentos. Fui levado numa caminhonete até as dependências do DOI, na rua Tomás Carvalhal, 1.030, endereço este que vim a conhecer posteriormente. Na estrada colocaram-me um capuz de pano preto na cabeça e me levaram para o interior do DOI. Lá dentro me fizeram tirar a roupa e me deram um macacão do Exército, e eu fiquei sentado num banco com o macacão e o capuz. Fiquei cerca de uma hora esperando, tempo que eu não posso calcular com certeza por terem me tirado o relógio, e fui chamado para o interrogatório. Fui levado para o primeiro andar, pois estava no térreo, e alguém começou a me fazer perguntas sobre minhas atividades políticas. Esta pessoa eu não posso identificar porque eu estava com o capuz na cabeça. Ela começou a se exasperar e me fazer ameaças, porque não estava satisfeita com as respostas que eu dava, e chamou umas duas pessoas para a sala de interrogatório, pediu a uma delas que trouxesse a “pimentinha”, que é uma máquina de choques elétricos e, a partir daí, eu comecei a ser torturado. Uma pessoa que mais tarde pela voz eu identifiquei como o chefe da equipe, e era forte, barrigudo, moreno, de cara rasgada. Este homem que batia com as mãos e gritava que ele era um anormal, o que eu achei muito estranho. Depois instalaram nas minhas mãos, amarrando no polegar e no indicador as pontas de fios elétricos ligados a essa máquina; a ligação era nas duas mãos e nos tornozelos. Solicitou ajuda de uma equipe de torturadores. Alguém ligou o rádio, e os gritos de Vladimir se confundiam com o som do rádio. Lembro-me bem que durante esta fase o rádio dava a notícia de que Franco havia recebido a extrema-unção, e o fato me ficou gravado, pois naquele mesmo momento Vladimir estava sendo torturado e gritava. A partir de determinado momento, a voz de Vladimir se modificou, como se tivessem introduzido alguma coisa em sua boca; sua voz ficou abafada, como se lhe tivessem posto uma mordaça. Mais tarde os ruídos cessaram.” (SÃO PAULO. Poder Judiciário (juízo Federal). **Processo n. 136/76**. Autores: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog; Ré: União Federal. Relator: Juiz Marcio José de Moraes. São Paulo, 27 de outubro de 1978. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/SentencaHerzog.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2020).

Em 21 de outubro de 1978, o juiz José Márcio de Moraes proferiu sentença declarando a responsabilidade da União e ainda condenando-a ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

Na esfera civil, o Superior Tribunal de Justiça tem reiterada e sólida jurisprudência no sentido da responsabilidade do Estado pela reparação de danos materiais e morais causados pelo regime de exceção institucionalizado pela ditadura civil-militar. Nestes precedentes, os obstáculos que impedem as condenações criminais no juízo cível são afastados. Na esfera penal, a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade não é aplicada, seja pelo argumento de que os crimes praticados durante a ditadura civil-militar, não caracterizam estes crimes e que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, seja pela não aplicação das normas *jus cogens* do Direito Internacional. Essa posição é majoritária na jurisprudência, como demonstram os julgamentos da ADPF 153 e da extradição 1362 pelo Supremo Tribunal Federal. Na doutrina essa posição é defendida, por Lauro Joppert Swensson Junior.<sup>328</sup>

No âmbito da justiça cível, o Superior Tribunal de Justiça, desde 2003<sup>329</sup>, firmou jurisprudência no sentido da imprescritibilidade das ações de reparação de

---

<sup>328</sup> Referido autor escreve: “Enquanto crimes de lesa humanidade, eles nunca prescreveriam por imposição de norma consuetudinária internacional com força *jus cogens*, verificada em diversas resoluções da ONU e expressa na Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 (art. 1º, § 2º). Além disso, esses crimes também não poderiam ser anistiados por legislação interna dos Estados ou por “autoanistias”, segundo entendimento consolidado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos “Barrios Altos – Chumpipuma Aguirre y otros vs Perú” (2001), “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006) e “Massacre de la Rochela vs. Colômbia” (2007). Caso isso ocorra, essas leis não seriam válidas. Há vários problemas em se aceitar essa argumentação. Em primeiro lugar, para que os instrumentos normativos de direito internacional público, como as resoluções da Assembleia Geral da ONU, as convenções e os tratados internacionais etc., pertençam ao ordenamento jurídico brasileiro e tenham força vinculante, eles devem ser antes submetidos a processos de internalização (assinatura, ratificação) pelo Estado. Essa exigência pode ser encontrada na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda n. 1/69, em seus artigos 44, I, e 81, X e na Constituição de 1968, em seus artigos 49, I, e 84, VIII. No caso em questão, o Brasil não aderiu à Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, assim como não ratificou qualquer outro ato internacional que estabelecesse expressamente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Em segundo lugar, o costume internacional não pode ser fonte de direito penal. Somente uma lei escrita e em sentido estrito (lei ordinária, lei complementar, emenda à Constituição) pode regular o *jus puniendi* do Estado. Ora, a proibição do direito consuetudinário para fundamentar e para agravar a pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*) é um princípio básico do direito penal moderno, decorrente do princípio da legalidade ou da reserva penal.” (SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.42-43).

<sup>329</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A ementa da decisão é a seguinte: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. PERSEGUIÇÃO, PRISÃO E TORTURA POR MOTIVOS POLÍTICOS. IMPRESCRITIBILIDADE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.º DO DECRETO N.º 20.910/32.1. A violação aos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa

danos causados pelo regime autoritário. Entretanto, é a partir do julgamento do recurso especial nº 816.209, em 2007, da relatoria do Ministro Luiz Fux<sup>330</sup>, que a imprescritibilidade nestes casos se consolida, pois tal precedente acaba tornando-se paradigmático para as decisões posteriores.

Os fundamentos para a imprescritibilidade são de variada ordem, como a proteção da dignidade da pessoa humana, o caráter hediondo da tortura e, inclusive, as declarações de direitos e convenções internacionais. Com relação a tortura a decisão assentou que:

O delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligção de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade.<sup>331</sup>

E continua:

A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.<sup>332</sup>

Quanto à dignidade da pessoa humana, consta do acórdão:

À luz das cláusulas pétreas constitucionais, é juridicamente sustentável assentar que a proteção da dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, posto seu fundamento.

---

humana, como sói ser a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020).

<sup>330</sup> O Ministro Fux, na data desta decisão era candidato a uma vaga no STF, posteriormente como ministro do STF, em matéria penal votou pela prescritibilidade em ações penais intentadas para a punição de agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, como no julgamento da extradição nº 1362.

<sup>331</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020.

<sup>332</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020.



E quanto ao fundamento do Direito Internacional para amparar a imprescritibilidade destas pretensões, a decisão assevera:

À lei interna, adjuntam-se as inúmeras convenções internacionais firmadas pelo Brasil, como, v.g., Declaração Universal da ONU, Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU, a Convenção Interamericana contra a Tortura, concluída em Cartagena, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).<sup>333</sup>

Por fim, na ementa do acórdão, conclui-se que:

dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual.<sup>334</sup>

Desta forma, a partir de 2003 encontramos inúmeros julgados reconhecendo a imprescritibilidade das ações que buscam a condenação da União na reparação de danos causados pelo regime civil-militar, como é o caso do julgamento do Agravo Regimental nº 970753, da relatoria da Ministra Denise Arruda, que afirma que:

São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar, afastando, por conseguinte, a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto 20.910/32. Isso, porque as referidas ações referem-se a período em que a ordem jurídica foi desconsiderada, com legislação de exceção.<sup>335</sup>

<sup>333</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020.

<sup>334</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020.

<sup>335</sup> A ementa da decisão é a seguinte: ROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. PRISÃO ILEGAL E TORTURA DURANTE O PERÍODO MILITAR. CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL PREVISTA NO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. NÃO-OCORRÊNCIA. IMPRESCRITIBILIDADE DE PRETENSÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DURANTE O PERÍODO DA DITADURA MILITAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA PARTE, NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DOS ARTS. 544, §3º, E 557, §1º-A, DO CPC. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 970.753 – MG**. Agravante: União; Agravado: Otto José Walter Schneider. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4046826&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=200702582713&data=20080804&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4046826&tipo_documento=documento&num_registro=200702582713&data=20080804&formato=PDF)>. Acesso em: 09 maio 2021).

Igualmente, no julgamento do Recurso Especial nº 1315297, da relatoria do Ministro Benjamin Hermann, relativamente à imprescritibilidade, consta na ementa do acórdão:

Ações indenizatórias por danos patrimoniais e morais decorrentes de atos de opressão e tortura ocorridos durante a ditadura são imprescritíveis. Se o cidadão se encontra subjugado na condição de prisioneiro político e o País submetido a regime de exceção, é mesmo absurdo querer aplicar, a vítimas que se calaram por recearem postular até direitos corriqueiros, os prazos prescricionais ordinários, previstos em lei para situações de normalidade democrática e de desimpedida vigência das mais básicas liberdades.<sup>336</sup>

O discurso em defesa da imprescritibilidade para ações patrimoniais é contundente na defesa dos direitos individuais, do Estado de Direito, condenando-se os atos de violência estatal. Esse entendimento, contudo, nas ações de persecução penal muda drasticamente, afastando-se a possibilidade de punição mediante à aplicação da lei de anistia.

O caminho para as condenações seguiu um curso instável, com altos e baixos, dependendo do capital político dos militares e do modelo das transições, pactuadas ou não. Em todos os países houve a aprovação de leis de anistia, sendo que apenas no Brasil ela impediu a persecução penal. Nos outros países estas leis de impunidade ou foram revogadas ou julgadas inconstitucionais. Foram condenados dezenas de agentes do estado que de forma organizada e sistemática cometeram crimes contra a humanidade. Mais do que isso, foram condenados os Chefes de Estados. Na Argentina, os integrantes das juntas, destacando-se a figura do General Jorge Videla. No Uruguai foi condenado o ex-presidente Juan María Bordaberry e no Chile General Pinochet. Segundo Olasolo e Palermo:

nacionales de los Estados territoriales han sido particularmente activas en la investigación y enjuiciamiento de los crímenes de ius cogens, ésta ha sido, sin duda, América Latina, donde el impacto en la primera década del siglo XXI de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los deberes de los Estados en este ámbito ha sido muy importante<sup>173</sup>. Así, desde la perspectiva de los máximos responsables, se han adelantado actuaciones penales contra los siguientes ex Jefes de Estado: Augusto Pinochet (Chile, 2000-2006), Juan María Bordaberry (Uruguay, 2007-2011), Alberto Fujimori (Perú, 2007-

---

<sup>336</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.315.297-PR**. Recorrente: União; Recorrido: Celestino Jacinto Gomes; Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 16 agosto 2012. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1169533&n\\_um\\_registro=201200579463&data=20161117&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1169533&n_um_registro=201200579463&data=20161117&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2020.

2010), Jorge Videla (Argentina, 2009-2012) y Efraín Ríos Montt (Guatemala, 2012-2015).<sup>337</sup>

No Brasil, diversamente da jurisprudência dos demais países do Cone Sul, ainda não tivemos nenhuma condenação. Em alguns casos, até mesmo o direito à verdade e à memória não é reconhecido, como é o caso do voto da Ministra Nancy Andrighi,<sup>338</sup> no julgamento do Recurso Especial nº 1.434.498, envolvendo o conhecido agente da repressão, Carlos Alberto Brilhante Ustra.

Janaína de Almeida Teles e outros ajuizaram ação declaratória contra o Coronel Brilhante Ustra, na qual postularam o reconhecimento da: “existência de relação jurídica entre os autores e o réu para o fim de declarar que o réu, por agir com dolo e cometer ato ilícito passível de reparação, causou danos morais e danos à integridade física”.<sup>339</sup>

Em seu voto, afinal vencido, a Ministra relatora do julgamento, reconheceu o direito ao esquecimento dos anistiados políticos, nos seguintes termos “É preciso reconhecer, ademais, o direito ao esquecimento dos anistiados políticos, sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto”.<sup>340</sup> A violência estatal praticada através de um aparato organizado contra a população civil, caracteriza crime contra a humanidade e como tal não pode ser esquecido, pelo contrário, deve ser constantemente lembrado, para que cumpra um dos objetivos da justiça de transição, qual seja a não-repetição destas atrocidades, como no caso em julgamento, a tortura.

A sociedade brasileira, no plano geral e as vítimas no particular, como no processo judicial em análise, tem direito ao conhecimento da verdade. Segundo Silva Filho, é:

---

<sup>337</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.99.

<sup>338</sup> O voto da Ministra é o seguinte: site indisponível.

<sup>339</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>340</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

Necessária investigação eficaz para que as circunstâncias das graves violações de direitos humanos ocorridas em meio a situações de violência massiva na sociedade, mormente em meio a regimes ditatoriais ou a Estados que praticaram crimes contra a humanidade, possam ser esclarecidas e conhecidas, bem como os autores e vítimas de tais atrocidades.<sup>341</sup>

E as violações de direitos humanos, como a tortura, não apenas devem ser esclarecidas em todas as suas circunstâncias, mas também permanentemente lembradas, através de registros públicos, monumentos, enfim por meio de todo tipo de evento que possa servir de ensinamento para as futuras gerações. Estas ações configuram o direito à memória, o qual aponta para a necessidade de recordar as atrocidades,

Sinalizando de modo coletivo para o seu repúdio, mediante gestos, feitos e políticas que aportam na dimensão cultural e simbólica e na representação cívica do passado ausente, tentando escapar da aparição desse passado como sintoma de repetição não devidamente purgado e catalisador mimético da violência.<sup>342</sup>

O esquecimento total defendido no voto divergente, “sejam eles agentes públicos, sejam aqueles que lutaram contra o sistema posto”, iguala pessoas em situações incomparáveis para o suposto esquecimento. Primeiro, porque certamente não há interesse dos que lutaram contra o sistema pelo esquecimento. Segundo, porque os opositores políticos lutaram contra um regime de exceção, o qual cometeu graves violações de direitos humanos, como assassinatos, estupros, tortura e desaparecimentos forçados. Esse quadro de usurpação do poder e a manutenção deste regime de exceção por meio da violência caracteriza o terrorismo de Estado, legitimando por isso a resistência. Não se pode confundir o terrorismo de Estado, com o legítimo direito a resistência.

As ações violentas praticados por movimentos de oposição que optaram pela luta armada são incomparáveis com o ataque sistemático promovido pelo próprio aparelho estatal, caracterizando o que se denominou como terrorismo estatal. Assim, é imprópria essa nivelção, seja pelos motivos e objetivos da violência, seja porque a violência do Estado deu-se num quadro sistemático de repetição de crimes

---

<sup>341</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.51-52.

<sup>342</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.51-52.

contra a humanidade, os quais não devem ser esquecidos, mas sempre lembrados para que não se repitam.

Segundo José Carlos Moreira Silva Filho, é necessário distinguir terrorismo do Estado do legítimo direito de resistência. Na hipótese de governos ilegítimos a prática do terrorismo é do Estado, tendo a resistência neste caso, o atributo da legitimidade:

Não há que se confundir o exercício do direito de resistência à tirania com o terrorismo. Em geral, quando a ação resistente se faz necessária, quem pratica o terrorismo é o próprio Estado, tomado de assalto por um governo ilegítimo. A identificação de um grupo terrorista não estatal pressupõe que o Estado em questão esteja sendo governado por um governo legítimo, em manutenção a ordem democrática e em respeito à Constituição em seus corolários fundamentais. Em oposição ao terrorismo de Estado não há grupos terroristas, mas grupos resistentes. Que fique bem clara esta distinção.<sup>343</sup>

Quanto à responsabilização pelos crimes cometidos, o voto invoca um suposto perdão da sociedade: “se revela como o de não ser pessoalmente responsabilizado por fatos pretéritos e legitimamente perdoados pela sociedade”. Em segundo lugar, a reconciliação exige o conhecimento dos fatos. O perdão não pode ser exigido (ou mesmo esperado), salvo se a pessoa que é convidada a perdoar sabe exatamente o que ele ou ela está perdoadando. Em terceiro, reconciliação só pode vir depois da reparação. Exigir perdão das vítimas sem que aqueles que se beneficiarão do gesto tenham feito qualquer ato de contrição ou qualquer reconhecimento dos erros do passado parece adicionar uma nova injustiça aos crimes já cometidos.<sup>344</sup>

O julgamento da ação judicial que postula a declaração de que Brilhante Ustra agiu com dolo e cometeu ato ilícito passível de reparação por ter causado danos à integridade física pela tortura teve deferimento apenas quanto a apuração da verdade: Conjugação dos esforços estatal e individual na apuração dos graves fatos ocorridos, após 1964, no período do regime militar brasileiro. Nesse desiderato comum de apuração da verdade, criaram-se a “Comissão Especial sobre Mortos e

---

<sup>343</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justicial: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.151.

<sup>344</sup> MÉNDEZ, Juan E. Responsabilização pelos abusos do passado. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 215.

Desaparecidos Políticos”, mediante a Lei 9.140/1995, e a “Comissão da Verdade”, com o objetivo de elucidar as graves violações contra os direitos humanos.”<sup>345</sup>

Quanto à responsabilização criminal, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirma não ser possível, primeiro em razão da anistia:

Anistiar – do grego amnestía, do latim amnesia – é esquecer, perdoar, é virar a página, definitivamente. E não há meio perdão. Como sabiamente afirmou Pontes de Miranda, ‘aconteceu o ato; agora, indo-se ao passado, mesmo onde ele está, acontece juridicamente desaparecer, deixar de ser, não ser’.<sup>346</sup>

Outro argumento para assegurar a impunidade do Coronel Brilhante Ustra, foi de natureza política, expressa na narrativa da reconciliação e pacificação nacional:

A eternização de conflitos entre particulares, como o de que ora se cuida, traz em si mesmo um efeito pernicioso àquele ideal de reconciliação e pacificação nacional pretendido com o fim do regime militar; é a própria jurisdicionalização da vendeta, que não deve ser chancelada pelo Poder Judiciário, sobretudo passados mais de 40 anos dos acontecimentos.<sup>347</sup>

Outro caso conhecido de impunidade é o relativo ao assassinato de Rubens Paiva. No dia 20 de janeiro de 1971, o então jovem deputado Rubens Paiva foi preso em sua casa no Rio de Janeiro por agentes do Dops. Seu corpo jamais foi encontrado, tendo sua morte sido reconhecida nos termos da Lei 9140 de 4 de dezembro de 1995. No registro do óbito, consta:

Certifico que, em 23 de fevereiro de 1996, foi feito o registro de óbito de Rubens Beyrodt Paiva. Profissão, engenheiro. Estado Civil, casado. Natural de Santos, neste Estado. Nascido em 26 de dezembro de 1929.

---

<sup>345</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>346</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>347</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

Observações: Registro de Óbito lavrado nos termos do artigo 3º da Lei 9140 de 4 de dezembro de 1995.<sup>348</sup>

O filho do deputado, o escritor Marcelo Rubens Paiva, narra o momento da prisão de seu pai, o dia que não tem fim, da seguinte forma:

O feriado de 20 de janeiro de 1971 é um dia que não tem fim. Demoramos para entender por que esse dia existiu e foi daquele jeito. Depois de caminhar na orla, meu pai se deitou no sofá do escritório de casa, acendeu um charuto e começou a ler os jornais. Minha mãe lhe fez companhia. O telefone tocou pouco depois das dez da manhã. A voz de uma mulher pediu nosso endereço para entregar uma encomenda do Chile. Ele não notou nada de anormal e deu.

Meia hora depois, seis sujeitos armados em trajes civis cruzaram o quintal. Tensos, como se invadissem um aparelho subversivo. Entraram pela porta dos fundos da casa de esquina. Cruzaram a cozinha, apontando metralhadora para a empregada, Maria José. Mandaram erguer as mãos.<sup>349</sup>

Como escreveu Marcelo Rubens Paiva, para a sua família, esse dia é um dia sem fim. O deputado foi preso, assassinado e seu corpo jamais foi encontrado. Em 19 de maio de 2014, o Ministério Público Federal ajuizou ação penal buscando a responsabilização pela prática de crimes contra a humanidade, torturas, sequestros e ocultações de cadáver.

Os acusados impetraram *habeas corpus* buscando o trancamento da ação, tendo afinal o Superior Tribunal de Justiça, dado provimento ao recurso interposto pelos réus para o trancamento da ação penal, diante do reconhecimento:

Da causa extintiva da punibilidade prevista no art.107, inciso II, do Código de Processo Penal – CPP, determinar o trancamento da ação penal n. 0023005-91.2014.4.025101, da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.<sup>350</sup>

<sup>348</sup> PAIVA, Marcelo Rubens. **Ainda estou aqui**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2015. p.38.

<sup>349</sup> PAIVA, Marcelo Rubens. **Ainda estou aqui**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2015. p.115.

<sup>350</sup> A ementa do acórdão é a seguinte: RECURSO EM HABEAS CORPUS. CASO RUBENS PAIVA. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER PRATICADO DURANTE O REGIME MILITAR. INCIDÊNCIA DA LEI DA ANISTIA. ADPF N. 153. RECURSO PROVIDO.1. Pela leitura da denúncia, é nítido que os crimes imputados aos pacientes se adequavam aos crimes abrangidos pela Lei da Anistia, uma vez que teriam sido "cometidos por motivo torpe, consistente na busca pela preservação do poder usurpado em 1964, mediante violência e uso do aparato estatal para reprimir e eliminar opositores do regime e garantir a impunidade dos autores de homicídios, torturas, sequestros e ocultações de cadáver".2. Ainda que pendente a análise de Embargos de Declaração no julgamento da citada ADPF n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal – STF, o conteúdo do decisum tem efeito "erga omnes". Assim, de rigor, afirmar a incidência da Lei da Anistia ao presente caso. 3. O voto condutor do acórdão da ADPF n. 153, proferido pelo Ministro Eros Grau, afasta a possibilidade de aplicação retroativa de tratado internacional internalizado após a entrada em vigor da Lei de Anistia que vise a desconstituir o caráter bilateral da anistia.4. "A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como jus cogens não pode violar princípios constitucionais, devendo,

Os argumentos para decidirem pela impunidade neste julgamento são os seguintes: a) a reconciliação nacional; b) incidência da Lei de Anistia; c) a admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens* não pode violar princípios constitucionais.

Nos processos de transição de regimes autoritários para democracias a punição dos autores de violações de direitos humanos cometidas por agentes do regime anterior pode constituir-se num obstáculo à reconciliação nacional e, portanto, impedir a travessia para um Estado de Direito garantidor individuais e liberdades públicas.

E por esta dificuldade presente nas transições ocorridas após a Segunda Guerra (onde a tônica foi a punição), que a genealogia da justiça de transição de Ruth Teitel<sup>351</sup>, aponta essa mudança de lidar com as violações cometidas, privilegiando-se não mais a punição, mas a reparação e as comissões da verdade. Há nesta fase, a prevalência de um senso pragmático, cedendo à justiça as circunstâncias políticas extraordinárias do contexto transicional.

Segundo Torelly, na segunda fase da justiça de transição, observa-se uma “impossibilidade política de levar a julgamento os criminosos de Estado no plano nacional”.<sup>352</sup> E por este pragmatismo que a justiça fica em segundo plano, na medida em que prevalece o valor maior de se promover a transição para a democracia, com a instituição de um Estado de Direito e o fim do regime autoritário.

---

portanto, se harmonizar com o regramento pátrio. Referida conclusão não revela desatenção aos Direitos Humanos, mas antes observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal" (REsp 1798903/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 30/10/2019).5. Recurso em habeas corpus provido para, reconhecendo a incidência e validade da causa extintiva da punibilidade prevista no art.107, inciso II, do Código de Processo Penal – CPP, determinar o trancamento da ação penal n. 0023005-91.2014.4.025101, da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 57.799 – RJ**. Recorrente: Jose Antonio Nogueira Belham e outros; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500686831&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500686831&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em: 11 out. 2020).

<sup>351</sup> TEITEL, Ruth. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.136.

<sup>352</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012. p.110.



As contingências políticas das transições, nesta segunda fase, teriam condicionado o acerto de contas com o passado, mediante a adoção de outras formas de medidas, como as reparações materiais e a instituição de comissões da verdade. Como menciona Torelly:

A grande crítica à primeira fase se focava na incompletude ínsita a se promover uma reconstrução histórica ampla do passado desde um processo eminentemente judicial, a segunda fase se caracteriza pela pluralização de formas de acesso à verdade e de construção e difusão de memórias.<sup>353</sup>

Essa mudança de objetivos da justiça de transição da primeira para a segunda fase, onde na fase inicial buscava-se essencialmente a punição individual dos criminosos que agiram sob o manto estatal, violento e organizado, e, depois direciona-se para a reparação e verdade, sob o pretexto da necessidade pragmática de institucionalizar-se o Estado de direito, caracteriza na visão de Teitel, a alteração do objetivo de responsabilização individual dos criminosos para uma visão social e comunitária, buscando a reconciliação nacional.<sup>354</sup>

A reconciliação nacional foi um dos argumentos usados na decisão para justificar a impunidade dos algozes de Rubens Paiva. O relator do acórdão cita outro precedente relativo ao conhecido caso do atentado no Riocentro<sup>355</sup>, em que é mencionado o modelo de transição ocorrido na África do Sul, no qual prevaleceu a reparação e a investigação das violações através de Comissão da Verdade:

Emblemática é, por exemplo, a experiência de justiça restaurativa na África do Sul sob a direção do estadista Nelson Mandela e coordenação do

<sup>353</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012.p. 111.

<sup>354</sup> TEITEL, Ruth. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.136.

<sup>355</sup> O caso do Riocentro se deu no contexto de oposição ao processo de abertura política patrocinado pelo Governo Figueiredo. Essa oposição integrada pela chamada linha dura do Exército, a qual além do caso Riocentro é acusada de ser a responsável por outros atentados conhecidos, como são exemplos a explosão de bombas em jornais, na Câmara de Vereadores do Rio e na sede da OAB. Boris Fausto descreve estas ações: "O processo de abertura continuou a ser perturbado no governo Figueiredo pela ação da linha-dura. Bombas explodiram em jornais da oposição e na Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Uma carta-bomba, enviada ao presidente da OAB, estourou na sede da entidade, matando sua secretária. Figuras da Igreja ou ligadas à Igreja, como o bispo de Nova Iguaçu, dom Adriano Hypólito e o jurista Dalmo Dallari, foram vítimas de sequestros. Os atos criminosos culminaram com a tentativa de explodir bombas no centro de convenções do Riocentro, a 30 de abril de 1981. Ali se realizava um festival de música, com a presença de milhares de jovens. Uma das bombas não chegou a ser colocada. Explodiu no interior de um carro, ocupado por um sargento e um capitão do Exército; o sargento morreu no local e o capitão ficou gravemente ferido. A outra bomba explodiu na casa de força do Riocentro. (FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p.505).

arcebispo Desmond Tutu. O processo transicional, do regime racista do apartheid para a democracia multirracial, ocorreu de forma negociada e pacífica. A criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação promoveu o encontro de vítimas, familiares, ofensores e representantes das comunidades locais para discutirem sobre as violações dos direitos humanos praticadas durante o sistema segregacionista. Nesses encontros, os violadores reconheciam os seus erros, pediam perdão às famílias ou aos seus familiares e se responsabilizavam pelas consequências materiais dos seus atos lesivos.<sup>356</sup>

As reparações e o direito à verdade e à memória constituem um pilar da justiça de transição. É um pilar importante, sem dúvida, pois a reparação e principalmente a apuração da verdade são indispensáveis para os processos de transição de regimes de exceção, como é o caso dos países do Cone Sul que experimentaram ditaduras violentas. É um equívoco sustentar que a “verdade é sempre preferível à justiça.”<sup>357</sup>

As comissões de verdade não servem como substitutas da justiça. As medidas necessárias para o processo de transição, como a justiça, a verdade, as reparações e a reforma das instituições são obrigações distintas, as quais devem ser buscadas separadamente. Como salienta Méndez, quanto às obrigações transicionais é que:

cada uma delas, ao mesmo tempo, integra uma política justa de responsabilização e, ainda, são separadas e distintas entre si. Cada governo deve se esforçar para cumprir cada uma dessas obrigações, e um elevado grau de respeito numa determinada área não justifica o descumprimento em outra.<sup>358</sup>

Para o autor seria impensável conceber que na América Latina:

Qualquer tentativa de quebrar o ciclo de impunidade poderia ameaçar a estabilidade democrática, como se essa forma de democracia sem

<sup>356</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 57.799 – RJ**. Recorrente: Jose Antonio Nogueira Belham e outros; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500686831&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500686831&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>357</sup> MÉNDEZ, Juan E. Responsabilização pelos abusos do passado. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.207.

<sup>358</sup> MÉNDEZ, Juan E. Responsabilização pelos abusos do passado. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.202.

igualdade perante a lei fosse tudo a que os latino-americanos pudessem aspirar.<sup>359</sup>

A experiência histórica demonstra que nos países do Cone Sul, que processaram e puniram os perpetradores de crimes contra a humanidade não houve nenhuma ameaça ao regime democrático. Na Argentina, país onde houve o maior número de condenações o movimento<sup>360</sup> que tentou garantir a impunidade foi debelado rapidamente. No Uruguai e no Chile, países onde também ocorreram condenações, da mesma forma, não se verificou qualquer ameaça a estabilidade democrática.

A promoção da justiça, com a abertura de processos penais para punição de criminosos de Estado, como a história demonstrou, não resultou em retorno a regimes autoritários. Ao contrário, como expõe George P. Fletcher, o que ocorre é justamente o oposto, ou seja: a impunidade é que expõe a risco a consolidação da democracia.<sup>361</sup>

O argumento principal usado para justificar a impunidade é a aplicação da Lei de Anistia, validade pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão será analisada em ponto específico na sequência. A decisão neste aspecto ressalta que os crimes têm natureza política e cita a própria denúncia, a qual informa que os crimes foram:

cometidos por motivo torpe, consistente na busca pela preservação do poder usurpado em 1964, mediante violência e uso do aparato estatal para

---

<sup>359</sup> MÉNDEZ, Juan E. Responsabilização pelos abusos do passado. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.198.

<sup>360</sup> O governo de Raul Alfonsín defendeu o direito a justiça, determinando que os militares envolvidos com crimes fossem investigados e processados penalmente. Em razão disso, nos anos de 1987 e 1988 houve três rebeliões militares contra estas ações, as quais foram debeladas e não resultaram em ameaça concreta ao governo eleito democraticamente. Esses motins, por terem sido protagonizados por militares com os rostos pintados, ficaram conhecidos como movimentos dos “carapintadas”. Segundo Caroline Bauer: “Apesar de autores argentinos assegurarem que o “direito a justiça”, garantido pelo governo Alfonsín, não correspondeu a uma diminuição da violência, e poderia ter contribuído para uma desestabilização do próprio governo, refletido no movimento dos “carapintadas”, outros analistas afirmam que as rebeliões militares não ameaçavam a constitucionalidade do governo democrático.” Especificamente quanto aos ‘carapintadas’, a autora prossegue: “Houve três rebeliões “carapintadas”: a primeira em abril de 1987, conhecida como a rebelião da Semana Santa, com 150 participantes e quatro dias de duração; a segunda, em janeiro de 1988, em Monte Caseros, reuniu 350 militares por cinco dias; a terceira, em dezembro de 1988, em Vila Martelli, congregou mil insubordinados durante oito dias.” (BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012. p.177).

<sup>361</sup> FLETCHER, George P. Prólogo. In: GOTTI, Jaime E. Malumud. **Terror y Justicia em la Argentina**. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2000. p.9.

reprimir e eliminar opositores do regime e garantir a impunidade dos autores de homicídios, torturas, sequestros e ocultações de cadáver.<sup>362</sup>

Assim em razão da caracterização de crime político, o Tribunal decidiu pela incidência da Lei de Anistia, considerando-se o conteúdo do julgamento da ADPF nº 153, o qual tem efeito "erga omnes".

A aplicação da Lei de Anistia tem sido o fundamento usado pelos Tribunais para garantir a impunidade dos agentes da repressão que cometeram crimes. Os Tribunais Superiores brasileiros, em flagrante desprezo as normas imperativas do direito penal internacional e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem garantido a impunidade mediante à aplicação da lei de anistia, a qual perante o direito internacional não são válidas e por isso são ineficazes para gerarem efeitos jurídicos.

No julgamento dos acusados pela prisão, tortura e assassinato de Rubens Paiva, o Tribunal decidiu que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade prevista nas normas internacionais "*jus cogens*", não podem violar princípios constitucionais, no caso o princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal.

A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade trata-se de norma imperativa do direito penal internacional. Os crimes de lesa humanidade estão positivados no direito internacional desde o final da Segunda Guerra, no Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Por isso, no caso de Rubens Paiva, os crimes de desaparecimento forçado e tortura, já estavam tipificados como crimes contra a humanidade em 1971, quando agentes do Dops, no feriado de 21 de janeiro, prenderam ilegalmente o então deputado federal.

As normas internacionais consagraram a imperatividade da imprescritibilidade destes crimes, objetivando impedir a impunidade de crimes desta natureza. São crimes que violam direitos fundamentais, como a vida e a integridade física. Desta forma, a prescrição prevista na legislação ordinária brasileira não tem o condão de afastar a aplicação de normas imperativas do direito internacional a que o Brasil está obrigado em observar.

---

<sup>362</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 57.799 – RJ**. Recorrente: Jose Antonio Nogueira Belham e outros; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500686831&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500686831&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em: 11 out. 2020.

Na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros predomina interpretações fundamentadas no direito nacional, desprezando-se as normas e os tratados internacionais, frustrando sua aplicação.

Chico Paiva, ativista de direitos humanos e neto de Rubens Paiva, em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, diz que a decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, chancela sadismo do coronel torturador, pois o acusado Paulo Malhães, assassinado em 2014 – logo depois de confessar ter participado da ocultação do corpo disse que o desaparecimento era um modo de eternizar a tortura do assassinado para amigos e familiares. E o neto de Rubens Paiva em seu texto concluiu: “Eis a permanência do crime. Que esse sadismo tenha sido cancelado pelo STJ em pleno regime (ainda) democrático nos dói mais do que qualquer agressão vinda de apologistas do tempo de chumbo.”<sup>363</sup>

O sentimento dos familiares dos desaparecidos políticos talvez possa ser mais bem externado pela arte, pela ficção, como vem sendo exposto na obra de Bernardo Kucinski<sup>364</sup>. A ocultação de cadáver, os sequestros e os desaparecimentos forçados são permanentes para os familiares. Na jurisprudência a permanência dos crimes oscilou, tendo os tribunais superiores em decisões relativas a extradições acolhido a tese da não ocorrência da prescrição em razão da natureza permanente do delito. Entretanto, a jurisprudência mudou de rumo, tendo descaracterizado-se o caráter permanente destes crimes, conforme será examinado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal na sequência do trabalho.

No Supremo Tribunal Federal, as decisões sobre a matéria concentram-se em ações que abordam a constitucionalidade das leis, o descumprimento de preceitos fundamentais e pedidos de extradição.

---

<sup>363</sup> PAIVA, Chico. STJ passa pano para os crimes da ditadura. **Jornal Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=49302&anchor=6420416&origem=busca&originURL=&pd=bd6f3af4d6e581d5682609ef90982f5a>>. Acesso em: 04 out. 2020.

<sup>364</sup> Bernardo Kucinski em seu livro *K.*, no qual narra as memórias de um pai a procura de sua filha desaparecida, escreveu: “É como se as cartas tivessem a intenção oculta de impedir que sua memória na nossa memória descanse; como se além de nos haverem negado a terapia do luto, pela supressão do seu corpo morto, o carteiro fosse um Dybbuk, sua alma em desassossego, a nos apontar culpas e omissões. Como se além da morte desnecessária quisessem estragar a vida necessária, esta que não cessa e que nos demandam nossos filhos e netos. E segue: “O carteiro nunca saberá que a destinatária não existe; que foi sequestrada, torturada e assassinada pela ditadura militar. Assim como ignoraram antes dele, o separador das cartas e todos do seu entorno. O nome no envelope selado e carimbado como a atestar a autenticidade, será o registro tipográfico não de um lapso ou falha do computador, e sim um mal de Alzheimer nacional. Sim, a permanência do seu nome no rol dos vivos será, paradoxalmente, produto do esquecimento coletivo do rol dos mortos.” (KUCINSKI, Bernardo. *K.* São Paulo: Cosacnaify, 2014. p.10-12).

No pedido de extradição nº 1362, feito pelo governo argentino, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, diante do reconhecimento da prescrição dos crimes, mesmo que na Argentina os crimes tenham sido tipificados como crimes de lesa-humanidade:

A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir.<sup>365</sup>

A Argentina requereu a extradição de Salvador Siciliano, acusado de ter cometido crimes contra a humanidade. O extraditando integrou uma organização paramilitar denominada Triple A<sup>366</sup>. A organização tinha como objetivo eliminar militantes de esquerda, tendo agido no período de 1973 a 1975. Segundo o requerimento de extradição, a Triple A, foi uma organização patrocinada pelo Estado, sob:

O amparo do Ministro do Bem-estar Social da Nação desse momento, José López Rega, seu chefe político, quem colocou em andamento a estrutura institucional que lhe deu cobertura e impunidade ao acionar dessa organização. Esse fato foi qualificado legalmente sob a figura criminal da associação ilícita (artigo 210 do Código Penal de 1921).<sup>367</sup>

Os crimes contra a humanidade, qualificados como tal pela Constituição argentina, foram descritos no pedido, da seguinte forma:

Ter cometido o sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de quinze pessoas aproximadamente, armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores, localizado em El Talar, município de General Pacheco, Província de Buenos Aires, República Argentina, produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de

---

<sup>365</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>366</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>367</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas, no caminho asfaltado de acesso da Rodovia Nacional 6 à localidade de Manzanares, altura da Ferrovia Urquiza, Pilar, Província de Buenos Aires. República Argentina, produzindo danos no mesmo, em 30 de maio de 1974, às 00.30 horas. As vítimas em questão apareceram com várias feridas de impacto de arma de fogo em diversas partes do corpo que lhes provocaram a morte, nesse dia, às 9.20 horas, no caminho asfaltado de acesso da Rodovia Nacional 6 à localidade de Manzanares, altura da Ferrovia Urquiza, Pilar, Província de Buenos Aires. Por sua vez, no dia dos fatos e perante as circunstâncias já descritas, também foram sequestradas três pessoas do sexo feminino, que foram posteriormente liberadas, prévios golpes e ameaças, na barreira de Talar de Pacheco (artigo 142, inciso 1º do Código Criminal da Nação Argentina, cometido em forma reiterada em 6 oportunidades - Zidda, Moses, Meza, 'Amanda ou Amalia', Mónica Wolff e Silvia Ferraté-, em concurso material com o crime previsto no artigo 80, inciso 21 do Código Penal da Nação Argentina, reiterado em três oportunidades -Zidda, Moses e Meza- na qualidade de partícipe necessário).<sup>368</sup>

Outro argumento para indeferimento da extradição foi o não reconhecimento da natureza permanente dos crimes de sequestro, reconhecida em outros casos<sup>369</sup> e associação criminosa, pois:

---

<sup>368</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>369</sup> Como exemplo, cite o julgamento da extradição nº 1299, o pedido foi deferido parcialmente para os crimes de natureza permanente, conforme ementa: “**EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. CRIMES DE SEQUESTRO QUALIFICADO (“PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD AGRAVADA”) E TORTURA (“IMPOSICIÓN DE TORMENTOS”). DUPLA TIPICIDADE. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE TORTURA E SEQUESTRO EM QUE AS VÍTIMAS FORAM COLOCADAS EM LIBERDADE. CRIMES DE SEQUESTRO EM QUE AS VÍTIMAS PERMANECEM DESAPARECIDAS. NATUREZA PERMANENTE. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. CRIMES POLÍTICOS. IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.** 1. O pedido formulado pela República da *Argentina* atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de *Extradição* específico, inexistindo irregularidades formais. 2. Ressalvada a prescrição, pela legislação brasileira, dos crimes de tortura e dos crimes de sequestro, cujas vítimas tiveram suas liberdades restabelecidas, o Estado-Reqüerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configurariam o tipo penal de “privação ilegal de liberdade agravada”, estando em consonância com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. 3. Requisito da dupla tipicidade previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. 4. A natureza *permanente* do crime de sequestro qualificado em que as vítimas continuam desaparecidas faz com que o prazo prescricional somente comece a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes. 5. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns, ressaltando que o Poder Judiciário argentino é plenamente capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia de julgamentos imparciais, justos e regulares. 6. Na ação de *extradição* o Supremo Tribunal não detém competência para indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado-Reqüerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradacional apóia-se. Precedentes. 7. *Extradição parcialmente.* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.299 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: César Alejandro Enciso. Relator: Min. Carmen Lúcia. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4568190>>. Acesso em: 05 maio 2020).

cessada, no caso, em maio de 1974, a situação de permanência delitiva concernente ao crime de sequestro, teve início, quanto a este, naquela data, a contagem do prazo prescricional. Da mesma forma, no que se refere ao delito de associação criminosa, o estado de permanência cessou em 1975, consoante registram os documentos oficiais produzidos pelo Estado requerente.<sup>370</sup>

A natureza permanente do sequestro não se verificou no caso, pois as vítimas foram localizadas e a associação criminosa cessou com a derrocada da ditadura militar.

Não obstante tenha sido indeferida a extradição de Salvador Siciliano, o relator Min. Edson Fachin, deferiu o pedido com densa fundamentação sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. O voto vencido, ao contrário da jurisprudência firmada do STF, defende que no caso não se aplica os prazos prescricionais da legislação brasileira, mas as normas internacionais que definem como imprescritíveis os crimes contra a humanidade.

Na Argentina, a legislação penal define como imprescritíveis os crimes de lesa-humanidade. O voto sustenta que justamente por o Estado requerente estabelecer a imprescritibilidade para estes crimes, deve incidir o regime internacional, em especial a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968. O fato do Brasil não ter ratificado essa Convenção, para o relator do pedido de extradição, não configura obstáculo ao deferimento, pois além de inúmeros países da América terem ratificado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversos casos assentou que em razão da imprescritibilidade, os Estados:

integrantes do sistema interamericano de direitos humanos a punir os suspeitos da prática de tais crimes (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, par. 41; Caso La Cantuta, mérito, sentença de 29 de novembro de 2006, par. 152; e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, sentença de 24 de novembro de 2009, par. 129).<sup>371</sup>

Esses precedentes da Justiça brasileira, consubstanciadas no indeferimento de extradições para o Estado Argentino, impedindo com isso a punição, segundo o

---

<sup>370</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>371</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.



Ministro Fachin, transforma o país num verdadeiro abrigo de imunidade para estes acusados:

Dessa forma, a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal.<sup>372</sup>

A questão controversa nestes julgamentos consiste na suposta oposição entre as normas internacionais e a ordem jurídica interna. Esse conflito é usado para justificar a não aplicação do direito penal internacional. No processo de extradição de Salvador Siciliano, o indeferimento foi justificado pela incidência das normas constitucionais, como fica claro no voto do Min. Luiz Fux:

Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal [...].<sup>373</sup>

A prevalência deste dogma decorre do entendimento da necessidade de aplicação das garantias constitucionais ao acusado, como o princípio da legalidade e ainda a impossibilidade de agravamento da situação jurídico-penal do acusado, como a imprescritibilidade, conforme fica claro nessa passagem do voto de Fux:

Sob este ângulo, em matéria penal, exige-se lei em sentido formal, afigurando-se insuficiente a previsão de tipos penais em tratados ou convenções internacionais, mesmo que ratificados pelo Brasil, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.<sup>374</sup>

---

<sup>372</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>373</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>374</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

Esse entendimento, contudo, no sentido de que em matéria penal deve ser aplicada à legislação nacional, além de violar as normas internacionais não está justificada juridicamente. Trata-se de uma afirmação equivocada que vislumbra uma incompatibilidade inexistente entre as normas internacionais e a legislação nacional, acarretando o esvaziamento das convenções e tratados internacionais que nesta matéria de nada servem. Não há fundamento jurídico para defender-se a inexistência de lei em sentido formal, quando as normas internacionais preveem, expressamente, os crimes contra a humanidade. Por isso, não são insuficientes como refere a decisão a previsão de tipos penais em tratados internacionais, mas pelo contrário, são suficientes e imperativo, estando o Brasil obrigado internacionalmente, porque se trata de mandamento “*jus cogens*” do direito internacional nos direitos humanos.

Ademais, como consta do voto vencido do pedido de extradição do membro da organização paramilitar Triple A:

Hoje é evidente que inexistente um direito constitucional à prescrição, como demonstram, por exemplo, a emenda apresentada pelo Deputado Constituinte Carlos Alberto Oliveira dos Santos, posteriormente materializada nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da Constituição Federal, e a Emenda Constitucional n. 45/04, que acrescentou o parágrafo 4º ao art. 5º, reconhecendo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê, no artigo 29 do Estatuto de Roma, a imprescritibilidade dos crimes internacionais.<sup>375</sup>

O indeferimento de extradições de acusados de crimes contra a humanidade pelo Brasil, situa o país não só numa espécie de paraíso para os autores das piores violações de direitos humanos, como afirmou o Ministro Fachin, mas impede que estes agentes da repressão sejam julgados e punidos em seus países. A jurisprudência brasileira tem uma dupla face de impunidade, uma interna e outra externa. Internamente, não penaliza os agentes da repressão em razão da aplicação da lei de anistia e, externamente, impede a punição com a indeferimento de extradições aos acusados<sup>376</sup> de graves violações de direitos humanos nos países do Cone Sul.

---

<sup>375</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo: Governo da Argentina; Extdo: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>376</sup> O Chile, por exemplo, autorizou a extradição em 21 de agosto de 2013, do ex-juiz federal argentino Otilio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo de lesa-humanidade. Na sentença pronunciada pelo Ministro da Corte Suprema de

A tese defendida neste trabalho é no sentido de que a responsabilização dos agentes públicos que cometeram crimes contra a humanidade é essencial para a concretização da justiça de transição no Brasil. A impunidade do caso brasileiro está amparada em argumentos de natureza ideológica-política, como a existência de um suposto acordo entre o regime autoritário e a oposição, objetivando a reconciliação e a pacificação nacional. Essa narrativa, acolhida pelo Poder Judiciário, é a narrativa do regime autoritário, revelando, portanto, a adesão do sistema de justiça aos interesses da aliança entre civis e militares, que deram sustentação à ditadura civil-militar. Entretanto, a punição destes crimes é necessária em nome do direito das vítimas e de seus familiares, mas também pelo dever do Estado de dar uma resposta de justiça a gravidade dos crimes, os quais não atingem apenas o sistema de justiça brasileiro, mas o direito internacional. A resposta de justiça nestes casos, envolve o local e o universal, sendo que a ausência de punição no caso brasileiro, deve ser revertida em cumprimento as decisões da Corte Interamericana de Direitos, nos citados casos Herzog e Gomes Lund.

---

Justiça da República do Chile Sergio Muñoz Gajardo assentou-se que: A este tipo de delitos el derecho internacional general y de naturaleza convencional le aparece reconocida expresamente la imprescriptibilidad, y es tratada en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad establecida por las Naciones Unidas el 26 de Noviembre de 1968. Asimismo el Estatuto de Roma de la Corte penal Internacional, establece que los delitos de competencia de la Corte son imprescriptibles, entre los cuales contempla aquellos de lesa humanidad. También se ha entendido que esta regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, tiene reconocimiento consuetudinario en la comunidad internacional, lo que se ha manifestado en diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, como aquella de 3 de Diciembre de 1973 dictada con el N° 3074, en que señala que los Estados cooperaran entre sí en todo lo relativo a la extradición de las personas involucradas en esos delitos, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido. Al respecto, en Chile, el Código Procesal Penal en su artículo 250, establece la imposibilidad de declarar el sobreseimiento definitivo respecto de aquellos delitos imprescriptibles conforme a los tratados internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. En todo caso el antiguo Código de Procedimiento Penal aplicable en la especie no era tan claro al respecto. Sin embargo cabe tener en consideración que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en la aludida Convención, es solamente un reconocimiento expreso al origen consuetudinario de esa regla como norma de *ius cogens*, con lo que su aplicación incluye también a los crímenes internacionales cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de cualquier tratado vigente sobre esta materia, sumándose a lo expresado en la regla que establece “que la imprescriptibilidad se aplicara a los crímenes enumerados cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido”. En Chile ha sido ratificado el Estatuto de Roma, lo cual resulta vinculante para nuestro país, como también lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra, que también consagraba la imprescriptibilidad sobre la protección debida a las personas en tiempo de guerra. Desde el punto de vista jurisprudencial, V. E. ha determinado la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, en diversos fallos, entendiendo que ello resulta obligatorio para el Estado de Chile, pues ella tiene su origen en una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia aun cuando no se forme parte del tratado respectivo (CS 13 /12/ 2006. Rol N° 23 375) (Extradición activa Rol N° 3020-2012 de 17/10/ 2012). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradición 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020).

Com relação aos países do Cone Sul, apenas a corte brasileira validou uma lei de anistia. Argentina, Chile e Uruguai declararam nulas tais leis de impunidade em observância a jurisprudência da Corte Interamericana, a qual refuta a validade de leis de autoanistia. No Brasil, a validade da lei nº 6.683/79, Lei da Anistia, foi posta em julgamento por provocação da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante o ajuizamento perante o Supremo Tribunal Federal da ADPF nº 153, na qual postula que a Lei de Anistia, seja declarada não recepcionada pela Constituição de 1988.

A Corte brasileira, portanto, no ano de 2010, balizou o pilar justiça com o julgamento desta ação. A decisão do Tribunal ao validar a lei de anistia propiciou que a justiça de transição no Brasil permaneça inconclusa, diante da impunidade resultante do julgamento, deixando os agentes que cometeram crimes contra a humanidade, como torturas, estupros, desaparecimentos, sequestros e assassinatos continuem impunes.

O julgamento da ADPF 153, portanto, foi um marco histórico do caminho trilhado pelo país. O precedente permitiu que instâncias judiciais de primeira e segunda instância, mediante a excludente penal da anistia, impedissem o prosseguimento da persecução penal dos agentes da repressão que cometeram crimes. E mesmo as ações penais que tiveram prosseguimento, afinal foram reformadas pelos Tribunais superiores, com base na decisão proferida na ADPF 153.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, contudo, seja do ponto de vista jurídico, seja pelos argumentos de caráter político e social, não apresenta argumentos válidos, apelando para fundamentos dúbios, em afronta à necessária persecução penal. A decisão, além de expor uma interpretação dos fatos históricos distorcida do que realmente ocorreu, especialmente quanto ao caráter bilateral e a suposta concordância da sociedade visando a reconciliação, revela o caráter conservador e ideológico da cúpula do Poder Judiciário, exceto o Min. Aires Brito e Min. Lewandowski que deferiu - parcialmente o postulado na ação.<sup>377</sup>

---

<sup>377</sup> O Min. Ayres Brito, julgou parcialmente procedente a ação, nos seguintes termos: "Não enxergo na Lei de Anistia esse caráter "amplo, geral e irrestrito" que se pretende atribuir; peço vênia aos que pensam diferentemente. Agora, como "a interpretação conforme a Constituição" cabe sempre que o texto interpretado for polissêmico ou plurissignificativo, desde que um desses significados entre em rota de colisão com o texto constitucional, também julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juizes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020).

Segundo Silva Filho<sup>378</sup>, os votos dos ministros do Supremo Tribunal foram orientados por três grupos de argumentos que majoritariamente validaram a lei de anistia. Argumentos de natureza hermenêutica, históricos e ainda relativos ao desprezo ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os ministros Carmen Lúcia e Celso de Mello, destacaram que no caso devia preponderar o método de interpretação histórico, na medida em que as contingências políticas do momento da transição, moldaram o conteúdo da lei, sendo de:

fundamental importância o esclarecimento das circunstâncias históricas que cercaram a edição da Lei de Anistia. Afirmaram ambos, assim como todos o que votaram pelo indeferimento da ação, que houve um acordo que indicava a bilateralidade da Anistia.<sup>379</sup>

O uso da teoria de Savigny, quanto aos métodos de interpretação, quais sejam: o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático, segundo Silva Filho, revelam o apego a “teses arcaicas que ignoram olímpicamente toda a reviravolta linguística que o século XX assistiu”<sup>380</sup>, demonstrando o atraso hermenêutico presente na decisão:

Toda essa discussão sobre métodos e vontade da lei, contudo, ignora a reviravolta linguística operada no plano filosófico e suas repercussões no campo da hermenêutica jurídica. Tal reviravolta indica que a linguagem assume o posto fundante antes reservado ao sujeito cognoscente. Quando a referência básica é o sujeito cognoscente, o intérprete (sujeito) é visto como alguém que ao aplicar racionalmente o instrumental científico necessário (métodos), delimita o verdadeiro sentido do texto normativo (objeto). Já a partir do paradigma da linguagem, especialmente no campo da hermenêutica filosófica e na linha dos escritos de Heidegger e Gadamer, percebe-se que o sujeito já pressupõe em qualquer atividade que realize, entre elas a de interpretar um texto, todo um conjunto de conceitos, valores e sentidos, sem os quais não seria sequer capaz do pensamento e da autoconsciência.<sup>381</sup>

---

<sup>378</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.84.

<sup>379</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.85.

<sup>380</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.86.

<sup>381</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.87.

Não obstante, a crítica à metodologia de interpretação da lei adotada na decisão, o fato é o próprio contexto histórico descrito pelos Ministros, igualmente parte da compreensão equivocada, especialmente quanto à anistia ter sido originada de um suposto acordo entre os atores sociais, visando à reconciliação nacional. O relator Min. Eros Grau, afirmou em seu voto que:

Romper com a boa fé dos atores sociais e os anseios das diversas classes e instituições políticas do final dos anos 70, que em conjunto pugnavam por uma Lei de Anistia ampla, geral e irrestrita significa também prejudicar o acesso à verdade histórica.<sup>382</sup>

A anistia, como referido no capítulo deste trabalho que trata das transições dos regimes autoritários do Cone Sul, no caso brasileiro, foi proposta pelo regime autoritário, a qual obviamente tinha como objetivo em primeiro lugar, garantir a impunidade dos agentes da repressão. Por isso, diversamente do afirmado na decisão da ADPF 153, a anistia brasileira, não foi um acordo, mas uma imposição da ditadura civil-militar, sendo que tratou desigualmente os agentes do terrorismo de Estado e os opositores políticos, pois quanto a estes foram excluídos os que tinham sido condenados pelo Superior Tribunal Militar. Quanto aos agentes da repressão, a pretensão de impunidade amparou-se na expressão, “crimes conexos”, aos crimes políticos. Como afirma Silva Filho:

De um lado, os perpetradores de crimes contra a humanidade receberam, [...] Anistia geral, total e prévia (antes que os seus crimes pudessem ser apurados). De outro lado, os opositores do regime ditatorial obtiveram uma anistia mutilada e incompleta, tendo já sofrido toda sorte de processamento penal.<sup>383</sup>

Outro aspecto que chama a atenção na decisão da ADPF nº 153, conforme apontado por Silva Filho, diz respeito à desconsideração do Direito Internacional relativamente as normas de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Da mesma forma, o Tribunal afastou a aplicação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que impede a aplicação de anistia para estes

---

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradução 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>383</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.92.

crimes, sob o argumento predominante de que a anistia foi bilateral, obtida mediante acordo das partes e socialmente aceita em nome da reconciliação nacional.

O precedente que validou a Lei de Anistia, tendo por isso permitido a impunidade que ainda hoje persiste, ignorou solenemente a reconhecida imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade expressa no Estatuto de Roma, ao qual o Brasil aderiu. Além disso, a regra da imprescritibilidade tem reconhecimento consuetudinário da comunidade internacional, tendo essa norma sido expressa em inúmeros instrumentos internacionais, como a Resolução nº 3074, da ONU de 3 de dezembro de 1973. Também, como já referido, devido à origem consuetudinária desta regra de *ius cogens*, sua aplicação é devida para crimes contra a humanidade praticados em qualquer data que tenham sido cometidos, sendo obrigatório para o Brasil, devido à origem no costume internacional pré-existente sobre a matéria.

O julgamento<sup>384</sup>, portanto, que permitiu a impunidade dos agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade, revela uma

---

<sup>384</sup> A ementa da decisão e a seguinte: EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTOANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [iii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes,

descontextualização história, ausência de fundamentos jurídicos válidos e uma

---

na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal. 5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma porque foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas porque o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020).



completa ausência do necessário controle de convencionalidade. Em última análise, pode-se afirmar que o precedente por sua natureza contém um elevado grau de motivação ideológica, na medida em que os argumentos para o indeferimento da ação se alinham com a posição das camadas da sociedade que defendem a anistia para os torturadores do regime de exceção.

### 3.2.3 A perseguição penal no Chile

Em todos os países do Cone Sul, os processos de transição para a democracia, foram marcados por uma característica comum: a exigência por parte dos militares de garantias de impunidade pelos crimes cometidos pelos regimes autoritários. O mecanismo principal usado em todas as transições foi a edição de leis de anistia.

No caso chileno, além da anistia para os crimes cometidos no período compreendido entre 1793 e 1978,<sup>385</sup> os militares sob o comando do General Pinochet, criaram diversos mecanismos de proteção nas instituições do Estado. Essas ações buscavam garantir a impunidade e conservar uma parcela de poder. Dentre os mecanismos de proteção e manutenção do poder, o principal foi a previsão de permanência de Pinochet como chefe das forças armadas por oito anos e depois poderia ainda assumir uma cadeira de senador.<sup>386</sup>

A esta garantia acrescenta-se outras ações que igualmente buscavam controlar o primeiro governo eleito pelo voto popular, como a nomeação para a Suprema Corte a poucos meses da mudança de governo de juízes leal ao regime autoritário. Segundo Héctor Basualto, esses mecanismos institucionais permitiram a manutenção do poder político da ditadura:

En lo institucional, el poder político de la ditadura em la naciente democracia se expresaba em una serie de elementos destinados a preservar esse poder. Entre ellos destacaba la institucion de los 'senadores designados', esto es, senadores que no se elegían por sufragio universal sino que eran nombrados por distintas instancias que a la época de la primera designación

---

<sup>385</sup> No ano de 1978, o regime militar promulgou o decreto lei nº 2191 de Anistia. O artigo 1º dispõe: "anistia a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou colaboradores tenham participado dos fatos delituosos, durante a vigência da situação do Estado de Sítio, compreendida entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, sempre que não se encontrem atualmente submetidas a processos ou condenações".

<sup>386</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.71.

estaban integramente bajo el control del régimen saliente y que por su número alteraban decisivamente la voluntad popular. A esto se sumaba um Tribunal Constitucional que, a pesar de algunos gestos puntuales de independência hacia el final de la ditadura, era em general proclive al antiguo régimen y podía controlar la constitucionalidade de proyectos legislativos relevantes.<sup>387</sup>

Em virtude deste contexto institucional o primeiro governo democrático eleito, liderado pelo presidente Aylwin, pouco pode avançar na perseguição penal dos agentes da repressão, no início da década de 1990. Assim, neste primeiro momento do retorno à democracia, foi possível ao governo implementar medidas relacionadas com o direito à verdade: “el camino comienza com la consitución em los primeros meses de 1990 de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.”<sup>388</sup>

Entretanto, a impunidade pretendida pelos militares, com o passar do tempo, foi perdendo força por várias razões. Segundo Basualto, os fatores que abriram espaço para a retomada do tema da justiça e da perseguição penal dos agentes da repressão foram: a) o impacto da reconstrução história dos horrores e das graves violações de direitos humanos cometidas pelo regime autoritário; b) a renovação dos Tribunais Superiores, promovendo com isso a substituição de juízes leais a ditadura; c) o afastamento da competência da Justiça Militar para julgamento destes casos; d) a renovação do comando das forças armadas; e) o fortalecimento dos governos democráticos.<sup>389</sup>

Nestes primeiros anos de governos democráticos, a condenação do Chefe da Dina, general Contreras e a prisão de Pinochet na Inglaterra, em certa medida, também acabaram por influenciar a perseguição penal dos agentes da repressão no plano interno. O primeiro destes fatos simbólicos foi o julgamento e condenação, no final de 1993,<sup>390</sup> do Chefe da Polícia política do regime, general Manuel Contreras, pelo assassinato do ex-Ministro das Relações Exteriores, Orlando Letelier e de sua

---

<sup>387</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.71.

<sup>388</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.72.

<sup>389</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.75.

<sup>390</sup> O julgamento de Contreras foi pela acusação da prática dos homicídios do ex-embaixador Orlando Letelier e sua secretária Ronnie Moffitt, ocorridos em 21 de dezembro de 1976 em Washington. O crime foi cometido através da instalação de uma bomba no veículo em que as vítimas se deslocavam. Contreras foi responsabilizado por ter planejado e autorizado as execuções, na condição de Chefe da Dina, a polícia política do regime autoritário.

secretária, ocorrido em 1975, em Washington. A prisão de Pinochet em Londres, no final de 1998, por ordem do juiz espanhol Baltazar Garzon, no âmbito da jurisdição universal, igualmente configurou um fato simbólico e importante a investigação e punição pela Justiça do Chile.<sup>391</sup>

Segundo Zalaquett, neste período, as investigações para os casos alcançados pela anistia e a condenação de Contreras, foram importantes para o alargamento da persecução penal e, conseqüentemente, da abertura de processos judiciais:

Alguns casos que não alcançaram o período abrangido pela lei de anistia foram submetidos a processos judiciais. Para aqueles que estavam dentro do período, continuaram as investigações e muitos militares foram chamados para prestar declarações. Penso que isso se deve, em grande medida, a decisão de se iniciar os processos procurando pela verdade. A lógica era que, se começássemos expondo a verdade, com o tempo isso criaria um ambiente que tornaria possível que houvesse mais ações judiciais. Isso foi o que aconteceu com alguns casos, incluindo as condenações ao general Contreras, chefe da polícia secreta entre 1973 e 1977 e o segundo no comando, pela autoria intelectual do assassinato do ex-ministro das Relações Exteriores, Orlando Letelier e um colega seu.<sup>392</sup>

Na década de 1990, portanto, uma série de fatores contribuíram para que a Justiça chilena promovesse a persecução penal dos agentes da repressão. Entretanto, diversamente do que ocorreu na Argentina e no Uruguai, os poderes legislativo e executivo não implementaram medidas neste sentido. Segundo Basualto<sup>393</sup>, essa postura teve como justificativa, evitar o envio de propostas legislativas que pudessem suscitar conflito. O presidente Aylwin, por exemplo, em março de 1991, limitou-se a enviar uma carta ao presidente da Suprema Corte dizendo que:

Não deixaria tranquila minha consciência se não fizesse presente ao Excelentíssimo Tribunal, que em meu conceito, a anistia vigente, que o

<sup>391</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.75.

<sup>392</sup> ARRIAZA-ROHT, Naomi. A necessidade de reconstrução moral frente às violações de direitos humanos cometidas no passado: Uma entrevista com José Zalaquett. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.182.

<sup>393</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.p. 76.

governo respeita, não pode nem deve ser um obstáculo para que se realize a investigação judicial e se determinem as responsabilidades.<sup>394</sup>

Essa postura permaneceu nos governos seguintes, tendo Basualto afirmado que:

Es muy llamativo que ninguno de los cuatro sucesivos gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia (1990-2010) haya siquiera presentado a discusión parlamentaria un proyecto para derogar o anular la amnistía de 1978, uno de los compromisos centrales del Programa de Aylwin. Que esto fuera así al comienzo de la transición es ciertamente comprensible a la luz de las condiciones descritas precedentemente, pero que esto se hubiera mantenido así al cabo de 20 años, muerto Pinochet y todos los miembros originales de la Junta Militar, en un escenario político radicalmente diferente, implica inequívoca conformidad con el *statu quo*. Sólo la condena de Chile por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'Almonacid Arellano', de 26.09.2006, ha motivado nuevas iniciativas que, sin embargo, hasta ahora han quedado en nada.<sup>395</sup>

A jurisprudência relativa à perseguição penal dos agentes da repressão sofre mudança, a partir de 1998, quando foi alterada a composição dos juízes da Suprema Corte. O Tribunal passa a tipificar como sequestro os casos de pessoas desaparecidas. Essa tipificação afasta a aplicação da lei de anistia, pois este crime é considerado um delito permanente, logo continua após o período compreendido entre 1973 e 1978, como definido na anistia.<sup>396</sup>

O julgamento do caso do desaparecimento de Pedro Poblete Córdova, por exemplo, é um precedente importante neste sentido. Na decisão da Corte Suprema foi assentado que:

[...] deve-se considerar que em 19 de julho de 1974 foi dado início à perpetração dos fatos, ignorando-se até esta data o destino e o paradeiro de Pedro Poblete Córdova, pelo que é possível que ele ou os crimes que se estabeleceram excederam o âmbito temporal e substantivo de aplicação do decreto-lei nº 2191 [de anistia].<sup>397</sup>

<sup>394</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.295.

<sup>395</sup> BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição**: Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.76.

<sup>396</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 296.

<sup>397</sup> apud PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.296.

Em novembro de 2004, outro precedente neste sentido reforça a natureza permanente do crime de sequestro. Trata-se do julgamento do desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, que condena agentes do estado por sua participação no delito de sequestro. Na sentença o Tribunal afirma que considerando a ausência de notícias acerca do paradeiro da vítima:

[...] isto é suficiente para qualificar o sequestro investigado neste processo, considerado delito permanente sempre que a ação que o comete crie um estado delituoso que se prolonga no tempo, subsistindo a lesão do bem jurídico afetado, nele persistindo a ação e o resultado.<sup>398</sup>

A decisão do caso de Sandoval Rodríguez não se limita em reafirmar a natureza permanente do delito de sequestro para justificar a condenação dos agentes da repressão. A sentença se fundamenta também no direito internacional, ao mencionar a ratificação pelo Chile das Convenções de Genebra. A Corte assenta que as disposições convencionais sobrepõem-se à ordem interna e à soberania do Estado do Chile. A decisão constituiu, portanto, um ponto de inflexão importante na questão da persecução penal dos agentes da ditadura, pois submete estes casos, não só a ordem interna e, conseqüentemente a lei de anistia, mas insere-os no âmbito do direito internacional:

[...] enquanto o Pacto busca garantir os direitos essenciais que nascem da natureza humana, ele tem aplicação preeminente, posto que a Suprema Corte tem reconhecido em reiteradas sentenças que a soberania interna do Estado do Chile reconhece seu limite nos direitos que emanam da natureza humana [...].<sup>399</sup>

A jurisprudência da Suprema Corte, após superar a questão da anistia para os crimes permanentes e sinalizar para a supremacia do Direito Internacional, em 2006, dá mais um passo decisivo na persecução penal dos agentes da repressão, no julgamento do processo nº 559-2006, relativo a dois jovens militantes assassinados em setembro de 1973. Neste julgamento, a Corte enfrenta o instituto da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade.

---

<sup>398</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 299.

<sup>399</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 299.

A exemplo do Brasil, o Chile não ratificou a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade de 1968, mas este fato, diversamente do que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Brasil, a Corte chilena, reconheceu a natureza consuetudinária do princípio internacional da imprescritibilidade, reforçando que a positividade apenas é a expressão formal de norma imperativa pré-existente. No julgado, consta que:

[...] nada obstaría o reconhecimento de uma norma do direito consuetudinário e de caráter similar que possa vincular o Estado, na medida em que concorram os elementos que permitem confirmar a existência de um costume jurídico internacional.<sup>400</sup>

E acrescenta: “A Corte afirmou que a Convenção de imprescritibilidade não se limitou a enunciar esta regra, mas sim a afirmá-la mediante sua positividade, já que ela funcionava na época como direito consuetudinário internacional.”<sup>401</sup>

Significa que neste caso o direito convencional possui efeito declarativo, na medida em que reconhece regra consuetudinária pré-existente. Evidentemente, que para a aplicação do princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade neste julgado, a Corte reconheceu a natureza de crimes de lesa humanidade, pois as graves violações de direitos humanos foram perpetradas de modo sistemático e organizado pelo Estado.

Pamela Pereira, menciona que o Tribunal reconheceu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade nesta sentença, como norma internacional imperativa desde antes de 1945, quando foi positivada pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg:

As disposições convencionais que cumprem a fórmula descrita obrigam internacionalmente, independentemente da entrada ou não em vigor do texto que as contém e, ainda, em relação aos Estados que não sejam parte do tratado. Em virtude desta eficácia declarativa, a convenção mencionada sobre imprescritibilidade de crimes de guerra e lesa-humanidade — a qual dá conta dessa característica, que justificou também a condenação de abomináveis crimes cometidos pela alta hierarquia nazista, mesmo antes de ficar definido, em 1945, o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de

---

<sup>400</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.300.

<sup>401</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.300.

Nüremberg — representa um costume internacional vinculante, aplicado já a quase trinta anos dos acontecimentos pesquisados neste processo, o que confere a tal fonte de direito internacional a duração que lhe proporciona sustentar-se como elemento material suficiente da mesma.<sup>402</sup>

Segundo Pereira, a Corte Suprema ratificou esse entendimento no julgamento de militares da Força Aérea acusados de terem torturado dezessete pessoas que estavam presas. As objeções comumente arguidas nestas ações penais foram afastadas, tendo a decisão reconhecido os delitos como crimes contra a humanidade e sua consequente imprescritibilidade, a nulidade da Lei de Anistia e ainda que o direito interno não deve prevalecer sobre os tratados internacionais. Com relação a imprescritibilidade a sentença afirma:

Atendida a natureza dos atos investigados e de acordo com os antecedentes reunidos durante o inquérito, é procedente concluir que se está na presença do que a consciência jurídica convencionou denominar de delitos contra a humanidade (...) o presente ilícito foi efetuado em um contexto de violações de direitos humanos graves, massivas e sistemáticas, confirmadas por agentes do Estado.<sup>403</sup>

Com relação a imprescritibilidade e a anistia a sentença afirma que:

[...] os delitos desta índole não podem ser declarados prescritos, tampouco anistiados e, em relação a eles, não é possível consagrar excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis, precisamente porque se refere a ações que constituem graves violações de direitos essenciais, tais como a tortura (que corresponde aos fatos desta causa criminal), as execuções sumárias, extralegais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas pelo direito internacional dos direitos humanos.<sup>404</sup>

A persecução penal no Chile, portanto, pode ser dividida em duas fases. Em um primeiro período as condições impostas pelo regime autoritário impediram a abertura de processos judiciais, fase que se estende até 1998. Na segunda fase, a prisão de Pinochet na Inglaterra e a mudança da composição da Corte Suprema,

---

<sup>402</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 300-301.

<sup>403</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 304.

<sup>404</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 304.

propiciaram uma mudança de rumo na jurisprudência e, com isso, as condenações dos agentes do Estado que cometeram crimes contra a humanidade.

### 3.2.4 A persecução penal no Uruguai

O Uruguai apresenta um aspecto único na questão da persecução penal dos agentes da repressão. Essa singularidade diz respeito a realização de dois referendos<sup>405</sup> com a finalidade de decidir sobre a anistia aos que cometeram crimes contra a humanidade. Olasolo e Palermo<sup>406</sup> mencionam que a realização destes procedimentos de consulta à população decorrem da tradição democrática uruguaia, em grande medida mais consolidada do que nos países vizinhos. De fato, se comparado com o Brasil e a Argentina, por exemplo, as diferenças são evidentes. No decorrer do século XX, Brasil e Argentina, experimentaram longos períodos autoritários, mediados por períodos de escassa participação democrática. No Brasil, na primeira metade do século, transcorreu a ditadura de Vargas, que perdurou por quinze anos e na segunda metade, a ditadura civil-militar, vigente por 20 anos. Na Argentina, o poder oscilou nas mãos do general Perón e dos militares. Como apontam Olasolo e Palermo: “A diferencia de Uruguay, que tuvo una larga tradición democrática luego de su constitución como República independiente, Argentina fue gobernada entre 1930 y 1983 por varios gobiernos controlados por militares.”<sup>407</sup>

Os resultados destes procedimentos de consulta popular motivaram denúncia perante à Corte Interamericana de Direitos, do caso Gelman, relativo ao desaparecimento forçado de María Claudia Gelman, grávida na época do sequestro, tendo dado à luz na prisão e sua filha entregue a uma família uruguaia. No

---

<sup>405</sup> Em virtude das pressões de organizações de direitos humanos e das vítimas da repressão foram realizados dois referendos acerca da anistia aos agentes que cometeram crimes contra a humanidade. O primeiro foi realizado em abril de 1989 e 57% dos votantes concordaram em manter a anistia. (LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.190).

No segundo referendo, ocorrido em outubro de 2009, 53% dos eleitores voltaram a respaldar a anistia como mecanismo político e não jurídico. (OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.127).

<sup>406</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.105.

<sup>407</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.105.



juízo do caso *Gelman vs. Uruguai*<sup>408</sup>, ocorrido em 2011, a Corte decidiu que a chamada Lei de Caducidade não era compatível com as obrigações internacionais do Estado, estando por isso obrigado em investigar e punir os responsáveis pelas graves violações de direito humanos ocorridas durante o regime autoritário.

O caso *Gelman*, refere-se ao:

[...] desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman desde o final do ano de 1976, detida em Buenos Aires, na Argentina, quando se encontrava em estágio avançado de gravidez. Presume-se que, posteriormente, foi trasladada ao Uruguai onde teria dado à luz a sua filha, que foi entregue a uma família uruguaia. A Comissão afirma que estes atos foram cometidos por agentes estatais uruguaio e argentinos no marco da ‘Operação Condor’, sem que até a presente data sejam conhecidos o paradeiro de María Claudia García e as circunstâncias em que ocorreu seu desaparecimento. Além disso, a Comissão alegou a supressão da identidade e da nacionalidade de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, filha de María Claudia García e Marcelo Gelman, a denegação de justiça, a impunidade e, em geral, o sofrimento causado a Juan Gelman, à sua família, à María Macarena Gelman e aos familiares de María Claudia García, como consequência da falta de investigação dos fatos, julgamento e sanção dos responsáveis, em virtude da Lei nº 15.848 ou Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado (doravante denominada ‘Lei de Caducidade’), promulgada em 1986 pelo governo democrático do Uruguai.<sup>409</sup>

A descrição do caso julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, narra uma história comum a todas as ditaduras civis-militares do Cone Sul. Desaparecimento forçado de militante grávida, em ação patrocinada pela “Operação Condor”<sup>410</sup>, sequestro da filha nascida na prisão e entrega da criança a terceiros, resultando na supressão da identidade e nacionalidade de María Macarena.

<sup>408</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso *Gelman vs. Uruguai*. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

<sup>409</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso *Gelman vs. Uruguai*. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

<sup>410</sup> A sentença do caso *Gelman*, define a Operação Condor assim: “Neste marco, teve lugar a chamada “Operação Condor”, nome chave dado à aliança que unia as forças de segurança e serviços de inteligência das ditaduras do Cone Sul em sua luta e repressão contra pessoas designadas como “elementos subversivos”. As atividades realizadas como parte desta Operação eram basicamente coordenadas pelos militares dos países envolvidos. Essa Operação sistematizou e tornou mais efetiva a coordenação clandestina entre “forças de segurança e militares e serviços de inteligência” da região [...] Para que a Operação Condor funcionasse era necessário que o sistema de códigos e comunicações fosse eficaz, motivo pelo qual as listas de “subversivos procurados” eram administradas com fluidez pelos distintos Estados. (CORTE interamericana de direitos humanos: caso *Gelman vs. Uruguai*. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020). “Condor integró y expandió de manera efectiva el terrorismo de estado en América del Sur durante la guerra fría, luego de que sucesivos golpes militares de derecha, a menudo alentados por Estados Unidos, borrarán la democracia en todo el continente. Cónдор fue el elemento más complejo y sofisticado de un fenómeno

Na sentença do caso Gelman a Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que:

[...] são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos [...].<sup>411</sup>

A sentença, portanto, ratifica os precedentes no sentido da incompatibilidade com a Convenção Americana de leis de anistia, que impeçam a investigação e punição de graves violações aos direitos humanos, sendo que estas leis carecem de efeitos jurídicos, como é o caso da Lei de Caducidade.

No plano interno, segundo Olasolo e Palermo,

[...] fue solo a partir de 2005, con la llegada por primera vez desde 1985 de un gobierno de orientación de izquierda, que los principales responsables fueron investigados y castigados con las penas más altas que existen en el ordenamiento jurídico penal uruguayo [...].<sup>412</sup>

A persecução penal no caso uruguaio, igualmente foi balizada pelas mesmas discussões jurídicas verificadas nos outros países do Cone Sul. Um ponto comum diz respeito à ausência de tipificação formal dos crimes contra a humanidade na legislação nacional, o que impediria a punição em razão do princípio da legalidade em matéria penal. Na primeira instância, da justiça uruguaia, majoritariamente os juízes recorreram as normas imperativas do Direito Internacional Penal, para fundamentarem as condenações. A Suprema Corte, em razão de sua composição conservadora<sup>413</sup>, diversamente, pelo menos até o final da primeira década do século XXI, desconsiderava as normas de direito internacional penal e, por isso, não admitia o tipo penal internacional do desaparecimento forçado, adotando nas suas

---

amplio en el que decenas de miles de personas en Sudamérica fueron asesinadas o desaparecidas por gobiernos militares en las décadas de 1970 y 1980". (TREMLET, Giles. Plan Condor: La conspiración de la guerra fría que aterrorizó a Sudamérica. **Observatório Luz Ibarburu**, [2020?]. Disponível em: <[https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/PLAN%20CONDOR%20EN%20ESPANOL%20FINAL%20\(1\)-convertido.pdf](https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/PLAN%20CONDOR%20EN%20ESPANOL%20FINAL%20(1)-convertido.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2020).

<sup>411</sup> CORTE interamericana de derechos humanos: caso Gelman vs. Uruguay. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

<sup>412</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.128.

<sup>413</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.127.

decisões o tipo penal do homicídio. Outra consequência da desconsideração das normas penais internacionais era a aplicação do instituto da prescrição, em observância a legislação nacional.<sup>414</sup>

A Suprema Corte Uruguaia, contudo, alterou sua jurisprudência em 2009, no julgamento do caso Sabalsagaray, no qual declarou a inconstitucionalidade da Lei de Caducidade em razão de sua contrariedade as normas de Direito Internacional. Essa mudança de interpretação, alcançando as normas internacionais força normativa constitucional, impedindo com isso a invocação de normas de direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais é um ponto chave que diferencia as jurisprudências dos países do Cone Sul. O Brasil é o único desse bloco da América Latina em que os Tribunais Superiores optaram por localizar as normas internacionais em um plano secundário ou nas palavras do Supremo Tribunal Federal, tais normas moldam um quadro de “suprlegalidade”.

O julgamento do caso Sabalsagaray, decorre de denúncia formalizada por Sabalsagaray Curutchet, “[...] para que se investigaran las circunstancias en que se produjo la muerte de su hermana el 29 de junio de 1974 en una dependencia militar durante la pasada dictadura y se identificara a los eventuales responsables”.<sup>415</sup>

Neste julgamento, importa inicialmente destacar os efeitos do referendo, ou seja, do exercício da soberania popular no exame da constitucionalidade da Lei de Caducidade. Esse debate assume relevância na medida em que o Uruguai foi o único país do Cone Sul, que adotou procedimentos democráticos de consulta à população para validar a impunidade, através de leis de anistia.<sup>416</sup>

Não obstante, a Lei de Caducidade ter sido referendada pela população uruguaia em duas oportunidades, a Suprema Corte, decidiu que a manifestação da vontade popular não detém a eficácia de outorgar constitucionalidade a uma norma viciada na origem “pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada.”<sup>417</sup>

---

<sup>414</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.127.

<sup>415</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>416</sup> Importante registrar que a Corte Interamericana de Derechos Humanos, no julgamento do caso Gelman, não se pronunciou sobre os efeitos dos referendos sobre leis de anistia.

<sup>417</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

A soberania popular é defeso transgredir as normas e princípios constitucionais, pois como sustenta:

[...] Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la —democracia sustancial que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez [...].<sup>418</sup>

Neste sentido, a sentença assenta que a manifestação através de referendo, possui limites de eficácia, sendo-lhe defeso violar direitos fundamentais e princípios constitucionais.

A decisão neste ponto assevera:

De forma distinta, las cuestiones pertenecientes a la que he llamado ‘esfera de lo decidible’, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado, esfera de lo no ‘decidible’ (qué si y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre de los derechos de libertad a los derechos sociales contra las contingentes mayorías.<sup>419</sup>

A esfera política, mesmo que através de procedimentos democráticos de consulta a população tem limites demarcados pelos direitos fundamentais, resultando que a regra da maioria não é absoluta nos Estados democráticos, pois, “Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.”<sup>420</sup>

E nesse tema, a sentença concluiu que nos Estados democráticos a jurisdição configura-se como um limite a democracia política. No caso da validade de leis de anistia, a Corte Suprema Uruguaia decidiu que a regra da maioria está limitada pela jurisdição e por duas outras limitações:

la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría,

<sup>418</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>419</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>420</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.<sup>421</sup>

Na questão de fundo, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade da Lei de Impunidade, diante do reconhecimento da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, da observância das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do caráter de *jus cogens* das normas internacionais.

O reconhecimento da natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, decorre da previsão do artigo 72, da Constituição, o qual dispõe – como no caso brasileiro, que:

debían tenerse en cuenta los derechos expresamente mencionados por el texto constitucional más los que progresivamente se fueron agregando por la ratificación de diversos tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>422</sup>

Quanto à observância dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal referiu os seguintes julgados:

(sentencia dictada el 14 de marzo de 2001 en el Caso Barrios Altos, interpretada por sentencia de 3 de setiembre de 2001; sentencia dictada el 26 de setiembre de 2006 en el Caso Almonacid Arellano y otros; y sentencia del 29 de diciembre de 2006 en el Caso La Cantuta).<sup>423</sup>

Nestes precedentes, a Corte Interamericana reafirmou sua jurisprudência no sentido da nulidade de leis de anistia editadas para impedir a persecução penal dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, sendo que leis desta natureza carecem de efeitos jurídicos. Por fim, a Suprema Corte uruguaia, assenta a natureza imperativa das normas internacionais:

[...] el carácter de 'jus cogens' que ostentan las normas internacionales, ya sean creadas por pactos o convenciones, ya sean de carácter consuetudinario. A modo de síntesis, la ilegitimidad de una ley de amnistía dictada en beneficio de funcionarios militares y policiales que cometieron delitos de esta naturaleza, gozando de impunidad durante regímenes de facto, ha sido declarada por órganos jurisdiccionales, tanto de la comunidad internacional como de los Estados que pasaron por procesos similares al vivido por el Uruguay en la misma época. Tales pronunciamientos, por la similitud con la cuestión analizada y por la relevancia que han tenido, no podrían soslayarse en el examen de

<sup>421</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>422</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>423</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

constitucionalidad de la Ley N° 15.848 y han sido tenidos en cuenta por la Corporación para dictar el presente fallo.<sup>424</sup>

Essa mudança na orientação da jurisprudência da Suprema Corte, iniciada no caso Sabalsagaray, permitiu a condenação de dois ex-ditadores, Gregorio Álvarez e Juan María Bordaberry. Ambos foram condenados a penas privativas de liberdade e “Tanto Bordaberry como Álvarez fallecieron privados de su libertad durante el cumplimiento de sus condenas.”<sup>425</sup>

No julgamento de Bordaberry, a Corte Suprema de Justiça, enfrentou as matérias jurídicas que se apresentam nestes casos de graves violações de direitos humanos cometidas no âmbito do terrorismo de Estado. Essas questões compreendem: a) a tipificação destas violações como crimes contra a humanidade; b) a imprescritibilidade destes crimes; c) a aplicação das normas *jus cogens* de direito internacional; d) a internalização dos tratados internacionais e o reconhecimento de sua natureza constitucional; e) o reconhecimento da eficácia das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto à nulidade de leis de anistia.

No acórdão da Corte Suprema, a qualificação de crimes contra a humanidade e reafirmada: “En consecuencia tales actos quedan encartados en el concepto de crímenes de lesa humanidad. Norma general de jus cogens internacional, aplicable por todos los Estados, más allá de su codificación a través del Estatuto de Roma.”<sup>426</sup> E a decisão acrescenta: “Las conductas señaladas constituyen delitos de lesa humanidad, por su gravedad, sistematicidad y generalidad de su reiteración.”<sup>427</sup> E por sua natureza de crimes contra a humanidade são imprescritíveis, mesmo antes da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, pois estes crimes já eram imprescritíveis para o direito internacional, tratando-se de norma originada do direito consuetudinário consolidado na comunidade internacional;

---

<sup>424</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>425</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.131.

<sup>426</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia n° 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

<sup>427</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia n° 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

esos actos ya eran imprescriptibles para el derecho internacional, puesto que si bien la aprobación de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se produjo con posterioridad a esos hechos, dicho „instrumento ‘sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (jus cogens), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de irretroactividad de la Ley penal, sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos’ (Cfme. ‘Derechos Humanos: Justicia y reparación’ Ricardo Luis Lorenzetti y Alfredo Jorge Kraut, págs. 138 a 139.<sup>428</sup>

O Tribunal, no que tange a caracterização do terrorismo de Estado, ressalta que no Uruguai esse contexto organizado e sistemático de violações de direitos humanos, ou seja, a ocorrência do terrorismo de Estado, orientado pela doutrina de segurança nacional, “marcado por la aplicación sistemática de las Medidas Prontas de Seguridad e inspirado en el marco ideológico de la Doctrina de la Seguridad Nacional”,<sup>429</sup> foi reconhecido pela Lei:

El efecto de éste es añadir certeza y taxatividad a algo preexistente. Las acciones delictivas de autos por su gravedad y excepcionalidad, resultande un contexto en el cual la violación y denegatoria de derechos, fueron el medio elegido para obtener determinados objetivos políticos, se hizo sistemática la práctica del terrorismo de Estado. El Estado ha reconocido por Ley No. 18.596: ‘el quebrantamiento del Estado de Derecho que impidiera el ejercicio de derechos fundamentales a las personas, en violación a los Derechos Humanos o a las normas del Derecho Internacional Humanitario, en el período comprendido desde el 27 de junio de 1973 hasta el 28 de febrero de 1985’, (art. 1o.). Por la misma Ley se ha reconocido „la responsabilidad del Estado uruguayo en la realización de prácticas sistemáticas de tortura, desaparición forzada y prisión sin intervención del Poder Judicial, homicidios, aniquilación de personas en su integridad psicofísica, exilio político o destierro de la vida social, en el período comprendido desde el 13 de junio de 1968 hasta el 26 de junio de 1973.<sup>430</sup>

Quanto à aplicação e interpretação dos tratados e do direito internacional dos direitos humanos, a Corte Suprema, no julgamento de Bordaberry, reafirmou que essas normas moldam um bloco de constitucionalidade, cuja aplicação é imperativa:

En aplicación de la interpretación pro homine de los DDHH conforme el bloque de constitucionalidad, cuya aplicación es imperativa para todos los

<sup>428</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

<sup>429</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

<sup>430</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

órganos jurisdiccionales, como afirmara esta Corte en EE, es perfectamente compatible con la Constitución la admisión de un orden normativo comprendido por un único bloque de constitucionalidad cuyo contenido fuera descrito en aquel pronunciamiento.<sup>431</sup>

Além dos ditadores condenados, figuras importantes do regime de exceção também foram penalizadas. Juan Carlos Blanco, ex-ministro das relações exteriores, por exemplo, foi condenado em 2006, a 20 anos de prisão pelo sequestro e homicídio de Elena Quinteros. Outros militares, expoentes de mando do regime, também receberam condenações, como Jose Gavazzo, Manuel Cordero.<sup>432</sup>

Segundo Olasolo e Palermo, a justiça uruguaia tem processado penalmente não só os mandatários do regime autoritário e seus principais agentes, mas também contra outros agentes da repressão que cometeram violações de direitos humanos.<sup>433</sup> No entanto, apesar das condenações na primeira instância ser mais abrangente, incluindo a tipificação de crimes internacionais, na instância recursal, os Tribunais têm mantido as condenações apenas por crimes comuns, “en segunda instancia solo se han confirmado las condenas por delitos comunes, habiéndose condenado por desaparición forzada solamente en el caso Calcagno”.<sup>434</sup>

Segundo Olasolo e Palermo, no Uruguai, passados mais de 40 anos do fim da ditadura, foram instauradas cerca de 200 ações criminais, tendo sido condenadas 14 pessoas por crimes da ditadura civil-militar.<sup>435</sup>

---

<sup>431</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

<sup>432</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.131.

<sup>433</sup> A totalidade dos processos penais instaurados por crimes cometidos durante a ditadura uruguaia podem ser consultados no seguinte endereço eletrônico: <http://www.observatorioluzibarburu.org/causas/>.

<sup>434</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.132.

<sup>435</sup> Segundo os autores: “se han documentado al menos 200 casos de desapariciones forzadas (Comisión Investigadora Parlamentaria, 2008), 6000 casos de presos políticos (Comisión Investigadora Parlamentaria, 2008) y donde se afirma que aproximadamente uno de cada cinco uruguayos fue detenido (ya fuera legalmente por la justicia militar o clandestinamente por las Fuerzas Armadas) y en su gran mayoría torturados, apenas si existen, después de más de cuarenta años, unas 200 causas penales y 14 condenas firmes por crímenes de la dictadura cívico-militar.” (OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.132).



### 3.3 Estudo comparado entre a jurisprudência dos países do Cone Sul

Nos países do Cone Sul, por uma série de razões já abordadas neste estudo, a partir dos anos 60, foram implantadas por golpes de Estado, ditaduras civis-militares. Esses regimes autoritários, para o enfrentamento do inimigo representado pela ameaça comunista, instituíram dentro do aparato estatal, órgãos de repressão subterrâneos ou paralelos, como diz Zaffaroni, para de forma organizada e sistemática promoverem a repressão dos opositores políticos, cometendo assim graves violações de direitos humanos.

As ditaduras latino-americanas instituíram Estados de Exceção, nos quais foram suspensos os direitos individuais e a violência e a repressão foram instrumentos para a manutenção do poder. No arcabouço institucionalizado desses mecanismos de violência, foram praticados pelos agentes públicos graves violações de direitos humanos. Em delegacias de polícia, em quartéis, enfim numa série de prédios públicos foram instituídos órgãos<sup>436</sup> para a prática de crimes, como torturas, assassinatos e estupros. Essa estrutura montada dentro do aparelho do Estado

---

<sup>436</sup> A montagem do aparato estatal repressivo foi descrita por Torelly e Bohoslavsky da seguinte forma: “Para estruturar a polícia repressiva, a ditadura tirou proveito da estrutura do Departamento de Ordem Política e Social (Dops). Criado em São Paulo, em 1924, o DOPS estava originalmente ligado aos estados. Com uma crueldade crescente na política de coação, as diferentes unidades do DOPS, no país, começaram a agir repressivamente em diferentes frentes, abrangendo desde o monitoramento de atividades políticas até a intervenção nos sindicatos e uniões estudantis. A estrutura existente da Polícia Federal também foi adequada para investigar e processar crimes políticos e de subversão. Nos primeiros meses após o golpe, o regime militar criou o Serviço Nacional de Informação (SNI), responsável pelo monitoramento dos atores políticos nas esferas nacionais e internacionais, bem como por liderar a política nacional de informações e contrainformações, complementando os esforços de agências de informações das três forças: o Centro de Informações da Marinha (Cenimar), o Centro de Informações da Aeronáutica (Cisa) e o Centro de Informações do Exército (CIE). O SNI era uma fonte de informações para diferentes agências repressivas do Brasil e da América do Sul, cooperando com a denominada “Operação Condor”. Registros históricos recentemente desclassificados pelo Arquivo Nacional brasileiro relatam que o órgão, que foi abolido em 1999 pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, monitorou políticos da oposição pelo menos até 1994, quase dez anos após a saída do último presidente general. Finalmente, o regime criou os Destacamentos de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (denominado DOI-Codi). O DOI-Codi surgiu em 1969, como um desdobramento da Operação Bandeirante (Oban). A Oban era uma operação militar de diversas agências, envolvendo as Forças Armadas (Exército, Marinha e Força Aérea), assim como a polícia e colaboradores civis, que ganharam notoriedade por serem o embrião ilegal daquela organização que, posteriormente institucionalizada, seria o coração repressivo do sistema DOI-Codi. Diversas fontes indicaram que, originalmente, o custeio da Oban foi proveniente de agentes privados, que eram, na maioria empresários do estado de São Paulo que haviam dado apoio político ao golpe em 1964, apoiando as reformas institucionais promovidas pelo regime e compartilhando seus objetivos econômicos. Assim, apoiaram diretamente as medidas repressivas contra a oposição política.” (BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo D. **Cumplicidade Financeira na Ditadura Brasileira: Implicações Atuais.** Entrevista dossiê novos temas especial artigos acadêmicos. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33080.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021).

contou com o apoio e em alguns casos com participação ativa de setores da sociedade civil, como a classe empresarial, por exemplo. As elites empresariais brasileiras apoiaram e financiaram o aparato da repressão que perpetrou graves violações de direitos humanos, como demonstra Leigh Payne em artigo que aborda a cumplicidade empresarial com a repressão.<sup>437</sup>

Diante deste contexto de graves violações de direitos humanos, o objetivo primordial da pesquisa consiste em buscar respostas para a ausência de punição no caso brasileiro, mediante a comparação das jurisprudências nacionais dos demais países acerca da punição dos agentes do Estado que cometeram crimes contra a humanidade. A questão é investigar por que no caso brasileiro nenhum agente do Estado foi punido, ao passo que nos demais países houve a persecução penal e condenações? Por que o direito e a Justiça deram respostas diferentes para situações idênticas?

No contexto das transições para regimes democráticos nestes países, o Brasil é o único que não condenou nenhum agente do Estado, apesar da situação jurídica ser exatamente a mesma. A ausência de condenações impede a concretização da justiça de transição no Brasil, pois o passado de violações, precisa ser enfrentado sob a ótica do pilar da justiça, indispensável para a transição democrática.

A jurisprudência dos países do Cone Sul, relativa à persecução penal dos agentes da repressão, possuiu um componente que traz ainda mais perplexidade para a posição isolada do Brasil nessa matéria. É que a persecução penal neste caso, refere-se à investigação e punição de crimes de lesa humanidade, pois foram cometidos num contexto sistemático de violações à população civil por agentes do Estado, ou seja, num quadro que caracteriza o terrorismo de Estado.

---

<sup>437</sup> Leigh Payne escreve: “Estas investigações revelaram as muitas camadas da cumplicidade empresarial no Brasil. As elites empresariais brasileiras e transnacionais apoiaram ativamente o golpe e sustentaram a ditadura por meio de financiamentos legais e ilegais (corruptos). As empresas do Brasil se beneficiaram com os lucros adquiridos de forma ilícita, resultantes das suas colaborações com o regime. Uma participação mais direta na violência se manifesta na criação das listas negras de trabalhadores considerados como “elementos subversivos” e que mais tarde foram presos, torturados e mortos ou desapareceram no sistema repressivo. Manoel Fiel Filho, por exemplo, foi capturado no meio do expediente na fábrica Metal Arte, onde trabalhava, levado para o centro de tortura e, cerca de uma hora depois, morto devido às pancadas que recebeu na cabeça. Como no caso de Boilesen, as empresas também forneceram os instrumentos para a repressão, como veículos, armas, instalações e torturadores”. (PAYNE, Leigh A. Cumplicidade Empresarial na Ditadura Brasileira. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, n. 10, 2014. p. 261).

A natureza de crimes internacionais para as graves violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes da repressão remete à questão da persecução penal para o plano do direito internacional penal. Assim, os precedentes da jurisprudência majoritária brasileira, devem ser analisados no contexto internacional. Não envolve, portanto, apenas a aplicação do direito interno, mas também do direito internacional. A análise dos precedentes sobre a matéria deve levar em conta a margem<sup>438</sup> de apreciação da Justiça brasileira.

No plano internacional, o instrumento regional de proteção dos direitos humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual prevê para a garantia de implementação dos direitos a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que importa para a presente pesquisa, quanto ao sistema regional de proteção dos direitos humanos, são as decisões da CrIDH relativas as violações perpetradas pelos agentes das ditaduras latino-americanas.

Na sequência deste capítulo, serão abordados as normas e tratados internacionais que obrigam os países latino-americanos do Cone Sul, investigarem e punirem os agentes que perpetraram graves violações de direitos humanos na vigência dos regimes autoritários. Além da exposição dos institutos jurídicos que justificam as investigações e punições, será realizada comparação com a jurisprudência dos demais países do Cone Sul: Argentina, Uruguai e Chile. Nestes países, que passaram por experiências autoritárias similares no mesmo momento histórico, diferentemente do que ocorreu no Brasil, acabaram com o passar do tempo acolhendo e incorporando as normas internacionais, deixando de aplicar a legislação nacional consubstanciada em leis de impunidade e prescrição de crimes, proferindo suas Cortes Supremas, sentenças condenatórias. E a partir deste quadro comparativo, busca-se neste capítulo investigar as causas da jurisprudência brasileira ser a única a garantir a impunidade dos agentes do Estado que cometeram crimes contra a humanidade.

---

<sup>438</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, vol. XV, pp. 195-238, 2015. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/7.-Jania-Saldanha-Margem-de-aprecia%C3%A7%C3%A3o-nacional.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

O estudo comparativo proposto, diante do cenário traçado acima, se propõe a analisar e comparar as decisões dos sistemas de justiça nacionais e da Corte Interamericana de Direito Humanos, quanto ao tema da persecução penal dos agentes da repressão. A metodologia para a pesquisa comparativa será a análise dos precedentes judiciais em uma dupla perspectiva: a) as decisões da CrIDH e a observância destas pelas Cortes Nacionais, no chamado diálogo das cortes e, b) o exame e comparação das sentenças das Cortes Supremas da Argentina, Brasil, Chile e Uruguai.

As decisões da CiDH são de cumprimento obrigatório por parte dos países que reconheceram a jurisdição da Corte, sendo que o Brasil reconheceu a competência contenciosa por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 3 de dezembro de 1998. Segundo Piovesan: “a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação à vítima, a decisão valerá como título executivo.”<sup>439</sup>

Se nos casos de indenização, às vítimas podem executar a cobrança, nas hipóteses em que a obrigação é dirigida ao Estado a situação é outra, na medida em que nas condenações obrigando investigar, processar e punir os responsáveis por graves violações de direitos humanos durante o regime autoritário, o Brasil continua em mora, descumprindo obrigações internacionais, consubstanciadas nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A jurisprudência da CrIDH é reiterada no sentido da obrigação dos Estados-parte em investigar, processar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos. O precedente que inaugura essa jurisprudência é o conhecido caso: “Velásquez Rodríguez”, relativo ao desaparecimento forçado de cidadão hondurenho.<sup>440</sup> Neste julgamento, a Corte condenou o Estado de Honduras ao

---

<sup>439</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2019. p.171.

<sup>440</sup> Na sentença a denúncia está assim descrita: “Manfredo Velásquez, estudante da Universidade Nacional Autônoma de Honduras, “foi detido de forma violenta e sem intermédio de ordem judicial de prisão, por elementos da Direção Nacional de Investigação e do G-2 (Inteligência) das Forças Armadas de Honduras”. A detenção ocorreu em Tegucigalpa, na tarde de 12 de setembro de 1981. Os denunciantes declararam que várias testemunhas oculares teriam afirmado ter sido esse levado junto com outros detidos às celas da II Estação da Força de Segurança Pública localizadas no Bairro El Manchén de Tegucigalpa, onde foi submetido a “duros interrogatórios sob cruéis torturas, acusado de supostos delitos políticos”. Acrescenta a denúncia que, em 17 de setembro de 1981, foi transferido ao I Batalhão de Infantaria onde prosseguiram os interrogatórios e que, apesar disto, todas as forças policiais e de segurança negaram sua detenção. (CORTE interamericana de direitos humanos: caso Velasquez Rodríguez vs Honduras. **CrIDH**, 1988. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020).

pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em decisão publicada em 21 de julho de 1989.

Trata-se de uma sentença pioneira da Corte que ao interpretar a Convenção Americana, decidiu que cabe aos Estados-parte investigar, processar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos. No parágrafo 176 da sentença, consta:

O Estado está, por outra parte, obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolere que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.<sup>441</sup>

A sentença do Caso Velásquez Rodríguez, responsabiliza o Estado de Honduras por diversas violações aos direitos previstos na Convenção Americana, tais como o direito à vida, o direito de não ser submetido a tortura, o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante, o direito à liberdade e ainda ao que proíbe a prisão arbitrária.<sup>442</sup>

Outro julgamento importante para a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente a obrigação dos Estados-parte em investigarem, processarem e punirem os responsáveis por graves violações de direitos humanos é o do caso Barrios Altos ocorrido em 2001.

Na sentença os fatos estão descritos do seguinte modo:

aproximadamente às 22:30 horas de 3 de novembro de 1991, seis indivíduos fortemente armados invadiram o imóvel localizado em Jirón Huanta nº 840, na vizinhança conhecida como Barrios Altos, na cidade de Lima. No momento da invasão, ocorria a celebração de uma “pollada”, isto é, uma festa para arrecadar fundos com o objetivo de fazer reparações no prédio. Os agressores chegaram ao local em dois veículos, um de marca Jeep Cherokee e outro Mitsubishi. Estes automóveis possuíam luzes e sirenes policiais, que foram desligadas no momento da chegada ao lugar dos fatos; b) os indivíduos, cujas idades oscilavam entre 25 e 30 anos, cobriram seus rostos com máscaras (balaclavas) e obrigaram as supostas vítimas a se atirarem ao chão. Uma vez que estas estavam no chão, os agressores dispararam indiscriminadamente por um período aproximado de

<sup>441</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Velasquez Rodríguez vs Honduras. **CrIDH**, 1988. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>442</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Velasquez Rodríguez vs Honduras. **CrIDH**, 1988. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

dois minutos, matando 15 pessoas e ferindo gravemente outras quatro, ficando uma destas últimas, Tomás Livias Ortega, permanentemente incapacitada. Posteriormente, com a mesma rapidez com que haviam chegado, os agressores fugiram nos dois veículos, fazendo soar novamente as sirenes.<sup>443</sup>

Com relação a investigação e punição dos responsáveis, a Corte decidiu que o Estado tem obrigação de investigar e punir os responsáveis, pois leis de anistia carecem de efeitos jurídicos e não podem representar:

um obstáculo para a investigação dos fatos deste caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto em outros casos ocorridos no Peru relativos à violação dos direitos consagrados na Convenção Americana.<sup>444</sup>

Em 2006, a CrIDH no julgamento do Caso Almonacid Varellano novamente reafirmou a obrigação dos Estados em investigarem, processarem e punirem os responsáveis por graves violações de direitos humanos. Segundo depoimento da esposa de Almonacid,<sup>445</sup> no dia 16 de setembro de 1973, cinco dias depois do golpe que derrubou Salvador Allende do poder, policiais comparecerem na sua casa prenderam seu marido e na rua a pouco metros de sua casa dispararam uma rajada de metralhadora, matando-o na hora.

<sup>443</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Barrios Altos vs Peru. **CrIDH**, 2001. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>444</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Barrios Altos vs Peru. **CrIDH**, 2001. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>445</sup> Na sentença da CrIDH, a descrição do fato pela esposa de Almonacid está assim descrito: “Segundo a testemunha, “no dia 14 de setembro [de 1973,] chegou uma patrulha à [sua] casa buscando por [seu] esposo que não se encontrava naquele momento. Invadiram [a] casa [...] e [lhe] apontaram [uma] arma. Ela estava grávida de oito meses e meio. Registraram tudo e se foram”. “No dia 16 [de setembro de 1973], às onze da manhã, [seu esposo] foi à casa para vê-la, porque ele não estava morando [ali] por razões de segurança. [Por volta de] onze e meia da manhã, chegou uma patrulha para buscá-lo[...] Os carabineiros pegaram-no com empurrões, não deixaram que colocasse o casaco e o levaram [...]. Empurravam- 20 no e ele ia nervoso, com as mãos para o alto. [Seu] marido usava óculos. [Ao chegar] à esquina da casa [...] no tumulto [viu] que [seu] marido tropeçou, e [enquanto] arrumava seus óculos que [caíram], [ouviu] a rajada da metralhadora [...]. Foram dois carabineiros que iam com ele nesse momento. Já caiu quase morto, mas permaneceu ainda vivo e [a testemunha], tentando socorrê-lo, hesitou, e [seu] filho pequeno de dois anos vinha atrás dela], e pediu a [seu] filho de nove anos que vinha atrás, para que o levasse à casa”. A testemunha tentou se aproximar do senhor Almonacid, “mas o tenente que estava com ele, com sua metralhadora, lhe impediu e [ela] par[ou] a dois metros dele, num muro, para ver o que faziam com [o senhor Almonacid]. O sargento foi buscar uma caminhonete. Trouxeram-na. [...] Pegaram [o senhor Almonacid] como um saco de batatas e o jogaram em cima. Entraram. Depois chegaram vários carabineiros [...] e o levaram ao hospital[.] Operaram-no, mas [...] morreu já no dia seguinte”. “No mesmo instante em que dispararam contra [seu] marido, sua placenta se rompeu e [seu] filho morreu também”. Depois da morte do senhor Almonacid Arellano, sua “família inteira foi destruída, porque [seus] irmãos ficaram sem trabalho, [seu] irmão mais velho, que era o provedor da família, foi isolado, e [...] a [ela] vigiavam eternamente, todos os dias”. (CORTE interamericana de direitos humanos: caso Almonacid Vallerano vs Chile. **CrIDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020).

Neste julgamento a Corte reafirmou o dever do Chile de promover: “a continuação das investigações da execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano para a identificação e, se for o caso, a punição dos responsáveis, de acordo com o indicado nos parágrafos 145 a 157 desta Sentença.”<sup>446</sup>

Além dos precedentes emblemáticos acima referidos, há as sentenças envolvendo o Brasil, Caso Herzog de 2018 e Caso Gomes Lund de 2010, nas quais a CrIDH determinou a investigação e punição dos responsáveis pela morte do jornalista Vladimir Herzog, torturado e assassinado em 1975 por agentes da repressão, nas dependências do DOI-CODI de São Paulo e dos assassinatos dos militantes políticos que participaram da Guerrilha do Araguaia.

Em razão, portanto, da jurisprudência da CrIDH e das sentenças que expressamente determinaram a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura civil-militar, o Brasil, considerando-se apenas a força vinculante destas decisões está obrigado em investigar e punir os agentes da repressão que cometeram crimes. Na sentença do Caso Gomes Lund, este aspecto foi ressaltado no voto fundamentado do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas:

Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.<sup>447</sup>

O descumprimento por parte do Brasil revela que o Supremo Tribunal Federal no exercício da sua jurisdição não realiza o necessário controle de convencionalidade<sup>448</sup> atinente a compatibilização das normas internacionais e

---

<sup>446</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Almonacid Vallerano vs Chile. **CrIDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>447</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>448</sup> Na sentença do Caso Gomes Lund a CrIDH decidiu: “177. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um

decisões da CrIDH com a legislação nacional. Em matéria de direitos humanos, no exercício do controle de convencionalidade, a última palavra compete a CrIDH. Há a exigência de harmonização da interpretação nacional com a interpretação internacional dos direitos humanos. Para que isso seja alcançado é necessário o diálogo entre os Tribunais nacionais e os Tribunais internacionais. O Brasil está descumprindo obrigação internacional, fato que segundo Carvalho Ramos, resulta na prática de nova obrigação internacional: “a obrigação de cumprir de boa-fé a decisão internacional anterior. Tal descumprimento ensejará uma nova responsabilidade internacional do Estado.”<sup>449</sup>

O descumprimento das decisões da CrIDH relativas à perseguição penal dos agentes da repressão, por parte do Brasil é isolada no Cone Sul. Os tribunais superiores da Argentina, Chile e Uruguai acataram e compatibilizaram as decisões nacionais com a jurisprudência do Tribunal internacional.

Quanto ao comparativo entre as jurisprudências das Cortes Constitucionais dos países do Cone Sul, na primeira perspectiva mencionada no início deste capítulo, qual seja a das decisões da CrIDH e a observância destas pelas Cortes Nacionais, no chamado diálogo das cortes, conclui-se: a) o Brasil por força do reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos está vinculado e obrigado ao cumprimento das sentenças da Corte; b) Em razão do descumprimento das sentenças dos Casos Herzog e Gomes Lund, o país está em mora e com essa omissão causa novo descumprimento de obrigação internacional expressa no dever de cumprir de boa-fé a determinação anterior; c) o Brasil é o único país do Cone Sul que não cumpre as decisões da CrIDH que determinam aos Estados-parte a investigação e punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos praticadas durante os regimes autoritários.

---

princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno. (CORTE interamericana de derechos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020).

<sup>449</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2019. p. 392.



A segunda perspectiva trata da comparação entre os precedentes do Brasil e dos demais países do Cone Sul. A punição dos agentes da repressão mediante condenações penais pressupõe que sejam reconhecidas juridicamente as seguintes matérias: a) a tipificação das violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes das ditaduras civis-militares como crimes contra a humanidade e sua consequente imprescritibilidade; b) as leis de anistia carecem de efeitos jurídicos e por isso são nulas; c) os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional integrando o chamado: “bloco de constitucionalidade”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que impede as condenações dos agentes da repressão que cometeram assassinatos, desaparecimentos forçados, estupros e torturas não reconhece as graves violações de direitos humanos cometidas pelos agentes públicos da repressão como crimes contra a humanidade. A lei de anistia, de acordo com o julgamento da ADPF nº 153 é válida. E, por último não reconhece a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos. Os argumentos do STF para garantir a impunidade dos agentes da repressão são os seguintes: a) os crimes cometidos pelos agentes da repressão brasileira não configuram crimes contra a humanidade, porque em matéria penal é imprescindível a prévia tipificação no direito doméstico. Além disso, o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade<sup>450</sup>; b) a lei de anistia é válida, porque decorrente de

---

<sup>450</sup> No julgamento da ADPF 153, o Ministro Celso de Melo sobre essa questão afirmou: “‘Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a ‘Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade’. Mostra-se evidente a inconsistência jurídica de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira ‘res inter alios acta’ em face do Estado brasileiro. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil, quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto, como adverte a doutrina (LUIZ FLÁVIO GOMES/VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, ‘Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos’, vol. 4/122, 2008, RT), é que, ‘no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. Dentre as garantias que emanam do princípio da legalidade, acham-se a reserva legal (só o

acordo entre a oposição e o governo, conforme julgamento da ADPF 153 e c) os tratados de direitos humanos possuem natureza suprallegal, acima da lei ordinária e abaixo da Constituição.

Na sequência deste capítulo, serão examinados os argumentos acima, os quais impedem a punição dos agentes da repressão brasileira, confrontando-os com a jurisprudência da CrIDH e dos demais países do Cone Sul.

A posição da Suprema Corte brasileira em não considerar como crimes contra a humanidade as violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura, despreza as normas de direito internacional penal, sejam as costumeiras, sejam as expressas, todas dotadas de caráter imperativo. Sustentar que as normas nacionais em matéria penal devem sobrepor-se as normas de direito penal internacional, amplamente consagradas pela comunidade internacional, deixa o Brasil numa posição isolada, ancorado numa frágil argumentação.

A punição para os crimes de lesa humanidade deve ser considerada na perspectiva da sua natureza de crime internacional. A tipificação destas graves violações de direitos humanos para crimes comuns pelo Judiciário brasileiro não se justifica por diversas razões, como por exemplo: a) as normas internacionais dotadas de força imperativa tipificam estas violações como crimes de lesa humanidade; b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos em inúmeros precedentes define essas violações como crimes contra a humanidade em razão da gravidade destas violações que atingem a população civil de forma generalizada e são cometidas de forma sistemática e organizada pelo Estado, caracterizando o que se denominou como “Terrorismo de Estado”.

Esse consenso internacional acerca da necessidade da punição para os crimes contra a humanidade, sem dúvida, tem na sua origem o genocídio cometido

---

Parlamento pode legislar sobre o Direito Penal incriminador) e a anterioridade (*‘lex populi’* e *‘lex praevia’*, respectivamente). Lei não aprovada pelo Parlamento não é válida. Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020).

pelo regime nazista na Segunda Guerra Mundial. Desta forma, não se cuida de avaliar a pena de acordo com as teorias criminológicas aplicáveis aos crimes comuns. A penalização de um genocida jamais pode ter como parâmetro a ressocialização. Da mesma forma, não é caso de se ponderar o papel preventivo ou não, ou mesmo a função da pena, pois para estes crimes:

Não há escolha possível quando se trata de crimes contra a humanidade; não há necessidade de calcular se o castigo pode cumprir um papel preventivo ou não, porque nestes casos presume-se que a punição de tais crimes é uma atuação preventiva indispensável. Isto foi selado, gravado na consciência de toda a humanidade, depois da Segunda Guerra Mundial.<sup>451</sup>

Nestes casos, não há margem para decisões que deixem impunes estes crimes, com base na aplicação da legislação interna. A investigação e punição destes crimes, ao contrário do que afirma Swensson Júnior<sup>452</sup>, não é viável apenas lançando mão de valores morais ou de justiça, mas sim pela aplicação das normas de direito internacional penal.

Na atualidade, em virtude do arcabouço jurídico de normas imperativas do direito internacional, a investigação e punição dos agentes que perpetraram graves violações de direitos humanos, impõe-se pela aplicação do direito internacional. A persecução penal não tem como base, apenas valores morais ou de justiça. Da mesma forma, não é preciso recorrer a “Fórmula de Radbruch”, para justificação da punição dos agentes das ditaduras latino-americanas.

Evidentemente, que a persecução penal para os agentes da repressão das ditaduras latino-americanas justifica-se apenas pela ótica dos valores morais ou de justiça, pois as violações perpetradas alcançam uma contradição insuportável entre a lei positiva interna, que neste caso deve recuar diante da justiça, como proposta pela “Fórmula de Radbruch”.

Entretanto, a persecução penal nestes casos justifica-se pela aplicação das normas positivas de direito internacional penal, ordem jurídica a qual sujeitam-se os

---

<sup>451</sup> ARRIAZA-ROHT, Naomi. A necessidade de reconstrução moral frente às violações de direitos humanos cometidas no passado: Uma entrevista com José Zalaquett. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.177.

<sup>452</sup> Swensson Júnior afirma: “De qualquer modo, para quem não se conforma com a impunidade imposta pelo direito, a única coisa a ser feita é passar por cima de todas as dificuldades jurídicas, em nome de valores morais ou de justiça. (SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p.45).

países do Cone Sul, que vivenciaram regimes autoritários no século passado. Essa também é a posição de Silva Filho:

Os crimes contra a humanidade são, portanto, crimes internacionais, não dizem respeito apenas aos interesses internos da sociedade política na qual ocorreram. Mesmo que o Estado não possua leis hábeis a apuração das responsabilidades de quem cometeu este tipo de delito, tal não exime de sua responsabilidade internacional. A lupa pela qual os crimes contra a humanidade devem ser vistos não é a lupa do Direito nacional ou do Direito Penal, ambos voltados aos crimes comuns, mas sim a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tais crimes, pois, pela sua própria natureza, são imprescritíveis. A sua imprescritibilidade decorre das normas, princípios e costumes do Direito Internacional, aos quais um Estado se vincula quando ratifica tratados e convenções e por fazer parte da comunidade internacional, assumindo obrigações nesse plano.<sup>453</sup>

O reconhecimento da qualificação de crimes de lesa humanidade resulta, necessariamente, na obrigatoriedade da persecução penal dos agentes da repressão. Os Tribunais da Argentina, Chile e Uruguai ao qualificarem as graves violações de direitos humanos, como crimes contra a humanidade, afastam os obstáculos existentes no direito penal interno, como o instituto da prescrição e a anistia, permitindo com isso a responsabilização penal.

A noção de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade surge igualmente no pós-Segunda Guerra, na medida em que a comunidade internacional não poderia conviver com as atrocidades do regime nazista. Por isso, o risco de ocorrer a prescrição dos crimes nazistas demarca a origem da imprescritibilidade dos crimes internacionais. A gravidade destes crimes, os quais afetam a comunidade internacional, justifica a norma expressa da imprescritibilidade na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968. O Brasil apesar de ter assinado a Convenção não a ratificou. Contudo, o fato de não ter ratificado é superada, pois, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação.

As graves violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários dos países do Cone Sul, caracterizam, sem sombra de dúvida, crimes contra a humanidade, atraindo por isso as normas de direito penal internacional. O artigo 7º, do Estatuto do TPI, define crimes contra a humanidade, dentre outras

---

<sup>453</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.108.

violações: a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e o homicídio, cometidos: “no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.” As ditaduras latino-americanas de forma sistemática organizaram no aparelho estatal, órgãos encarregados da repressão aos opositores do regime, os quais visando aniquilar com a oposição praticaram graves violações de direitos humanos, como: homicídios, desaparecimentos forçados, estupros e torturas. No Brasil, a repressão política foi organizada mediante a criação de órgãos específicos para essa missão, como os DOI-CODI, que contavam com a colaboração das forças de segurança estaduais (polícias) e militares. A organização sistemática da repressão ultrapassou os limites dos Estados, pois houve colaboração e organização da repressão em nível regional dos países do Cone Sul, mediante a institucionalização de sistema transnacional, no intuito de troca de informações para a perseguição de opositores nos territórios de qualquer dos Estados, denominada Operação Condor.

A tipificação como crimes contra a humanidade das violações de direitos humanos perpetradas nos regimes autoritários do Cone Sul, são indiscutíveis a luz das normas de direito penal internacional. A objeção da jurisprudência brasileira, no sentido de que a previsão do artigo 7º, do TPI é posterior as violações perpetradas pelos agentes da ditadura civil-militar não se sustenta juridicamente, pois como sobejamente demonstrado pela doutrina e na jurisprudência dos demais países do Cone Sul, especialmente da Argentina, a definição moderna de crimes contra a humanidade remonta ao Tribunal de Nuremberg, sendo aceita pela comunidade internacional como norma costumeira dotada de força imperativa. A tipificação levada a efeito pelo Estatuto do TPI, apenas torna expressa norma costumeira *jus cogens* do internacional do direito penal.

A impunidade dos agentes do Estado que cometeram crimes contra a humanidade no Brasil, resulta da não aplicação pelo Poder Judiciário das normas *jus cogens* do direito internacional penal. O STF em 2016, no julgamento da extradição nº 1362, em votação apertada de 6 votos a 5, decidiu contra a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Para a maioria dos ministros os crimes pelos quais o extraditando era acusado, estavam prescritos segundo a legislação penal brasileira.<sup>454</sup>

---

<sup>454</sup> No voto do Ministro Relator Edson Fachin (vencido no julgamento), a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade decorre de norma imperativa costumeira do direito internacional: “Como se

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e das Cortes constitucionais da Argentina, do Chile e do Uruguai, diversamente dos precedentes da Justiça brasileira, acatam a natureza de crimes contra a humanidade para as violações de direitos humanos perpetradas pelos agentes das ditaduras civis-militares e, portanto, estão em consonância com as decisões da CrIDH.

No julgamento do Caso Almonacid Arellano, a Corte assentou:

Por outro lado, o Tribunal Militar Internacional para o Julgamento dos Principais Criminosos de Guerra (doravante denominado 'o Tribunal de Nuremberg'), o qual tinha jurisdição para julgar os crimes estabelecidos no Acordo de Londres, assinalou que o Estatuto de Nuremberg 'é a expressão do Direito Internacional existente no momento de sua criação; e, nessa extensão, é em si mesmo uma contribuição ao Direito Internaciona'. Com isso, reconheceu a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional, que proibia estes crimes. A proibição de crimes contra a humanidade, incluindo o assassinato, foi, ademais, corroborada pelas Nações Unidas. Em 11 de dezembro de 1946, a Assembleia Geral confirmou 'os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças deste Tribunal'.<sup>455</sup>

Quanto aos precedentes dos demais países do Cone Sul, constata-se que as violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários foram tipificadas como crimes contra a humanidade e, por consequência, imprescritíveis. Na subparte 3.2.1, mencionou-se que na Argentina desde 1989 no julgamento da extradição de Schwammberger, a Corte Suprema tem reconhecido a força imperativa das normas internacionais, inclusive aquelas consolidadas pelo costume. No Chile o Supremo Tribunal da mesma forma reconheceu que as violações de direitos humanos praticadas no regime autoritário tipificam crimes de lesa humanidade, como no julgamento do processo criminal nº 559-2006, referente ao assassinato de dois militantes políticos assassinados em 1973, logo após ao golpe militar, como citado no ponto 3.2.3 deste trabalho. No Uruguai, como referido no item

---

depreende das razões apresentadas pelo Ministério Público, a imprescritibilidade estaria fundada em norma costumeira cogente. Assim para se reconhecer a imprescritibilidade dos delitos imputados ao extraditando é preciso examinar se essa disposição normativa pode ser, por meio do direito internacional, aplicável ao país. A resposta é afirmativa. Isso porque, de acordo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, são imprescritíveis os crimes contra a humanidade." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extido.: Governo da Argentina; Extido.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020).

<sup>455</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Almonacid Vallerano vs Chile. **CrIDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

3.2.4, a Corte Suprema, no julgamento do ex-presidente civil Bordaberry, reconheceu a natureza de crimes de lesa humanidade, por sua gravidade, sistematicidade e reiteração.

A comparação da jurisprudência dos países do Cone Sul, revela a posição isolada do Brasil, único país a não reconhecer que as violações de direitos humanos perpetradas por agentes públicos não configuram crimes de lesa humanidade. Os sistemas de justiça da Argentina, Chile e Uruguai decidiram que as violações cometidas na vigência dos regimes autoritários, tipificam crimes contra a humanidade e por isso imprescritíveis.

Os precedentes dos Tribunais superiores da Argentina, Chile e Uruguai, caracterizam as graves violações de direitos humanos praticadas durante os regimes autoritários, como crimes contra a humanidade. Essa qualificação resulta na aplicação dos atributos destes crimes previstos no direito penal internacional, como a impossibilidade de concessão de anistia e a imprescritibilidade. No que tange a imprescritibilidade, a exemplo do que ocorre com a definição de crimes de lesa humanidade, os juízes das Cortes Supremas destes países, sustentam que este atributo, mesmo antes da codificação, tratava-se de norma consuetudinária, eis que a norma da imprescritibilidade já estava vigente antes de sua positivação formal. Por isso, independentemente da ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, os juízes reconheceram que este instituto já estava vigente no momento das violações, pois trata-se de norma imperativa costumeira do direito penal internacional.

Hélène Fabri menciona aspectos importantes para a imprescritibilidade dos crimes internacionais, em que a passagem do tempo corre de forma diversa em relação aos crimes comuns. Nos crimes contra a humanidade as provas podem demorar para surgirem, pois praticadas sob o manto de proteção estatal e as vítimas precisam de tempo para fazerem as denúncias. Segundo a autora:

O estudo de direito internacional mostra como os fundamentos da instituição da prescrição no direito interno podem ser refutados quando se trata de processar os autores de crimes internacionais: as provas aparecem com o tempo, as vítimas precisam de um recuo para ousar apresentar a queixa, a sociedade precisa de um tempo para tomar consciência, e o tempo não basta para o esquecimento. Se a tentação de um compromisso dissociando o direito imprescritível das vítimas à verdade e à reparação – nos casos de crimes internacionais – e a prescrição eventual dos processos contra os autores do ato pôde se manifestar, ela parece ultrapassada pela ideia de que é importante punir o autor do ato mesmo que isso ocorra após longos

anos, não tanto pelo interesse da punição quanto por conta da importância de lembrar o direito, de prevenir a repetição do ilícito.<sup>456</sup>

A anistia é o segundo ponto que deve ser considerado nos julgamentos dos crimes de lesa humanidade praticados na vigência dos regimes autoritários do Cone Sul. Na subparte 3.2, foram abordados os processos de transição dos regimes autoritários para democracias. Em todos os casos os militares condicionaram o fim do regime a concessão de garantias de que ficariam impunes. Numa palavra, a entrega do poder pela impunidade. E a clemência nestes casos se deu por meio da edição de leis de anistia. Na Argentina, no Brasil, no Chile e no Uruguai foram promulgadas leis anistiando todos aqueles que cometeram crimes como sequestros, assassinatos e estupros.

Os países do Cone Sul, nos processos de transição para regimes democráticos, sem exceção, editaram leis de anistia ou de impunidade. Conforme exposto na subparte 3.2, as leis de impunidade foram editadas nos contextos políticos de cada país, contingenciadas por isso pelas condições sociais e pelo capital político dos militares no período da mudança de regime. Na Argentina, a derrocada abrupta da ditadura e o fracasso da Guerra das Malvinas deixaram os militares com reduzido poder de barganha para manter válida a anistia, tendo sido posteriormente revogada pelo Legislativo, bem como anulada pelo Judiciário. No Brasil, o processo da edição da lei da anistia foi controlado pelo regime, tendo o Poder Judiciário como já mencionado, validado a anistia. No Uruguai e no Chile, as Cortes Supremas, seguindo o exemplo argentino igualmente declararam nulas tais leis.

Na Argentina, no Chile e no Uruguai estas leis foram anuladas pela Justiça ou revogadas pelo Parlamento. Na Argentina no início do processo de transição houve rebeliões militares contra a persecução penal, no Chile os militares controlaram a transição por mais tempo, impedindo a persecução penal nos primeiros anos do novo regime e no Uruguai o tema foi submetido a escrutínio popular. O Brasil é o único país que declarou válida a lei de anistia, no célebre julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153.

---

<sup>456</sup> FABRI, Hélène Ruiz. Introdução Geral. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. **Clemência e Direito: Anistia, Prescrição e Graça no Direito Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.14.



O caso uruguaio, portanto, apresenta peculiaridade que põe a prova os limites dos procedimentos democráticos. No capítulo 2, mencionou-se caso limite o fato do nazismo ter alcançado o poder por meio de eleições. Esse resultado eleitoral permitiu a ascensão de líder autoritário o qual tinha como objetivo destruir a própria democracia. Segundo Ferrajoli:

Siempre es posible, en formas democráticas, o sea, por mayoría, suprimir los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación; en breve, todo el sistema de reglas en el cual consiste la democracia política. No son hipótesis de escuela: se trata de las terribles experiencias del nazismo y del fascismo del siglo pasado, que política. No son hipótesis de escuela: se trata de las terribles experiencias del nazismo y del fascismo del siglo pasado, que consiguieron el poder en formas democráticas y luego lo entregaron 'democráticamente' a um jefe que suprimió la democracia.<sup>457</sup>

No Uruguai ocorreram dois referendos que submeteram a vontade popular a decisão sobre a anistia aos agentes da repressão que cometeram crimes. Nos dois casos, como mencionado na subparte 3.2.4 a população por pequena margem decidiu pela impunidade. A Suprema Corte uruguaia, contudo, declarou nula a lei de anistia. No julgamento do caso Sabalsagaray <sup>458</sup> a Corte decidiu que mesmo

<sup>457</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Editorial Trotta: Madri, 2010. p.79.

<sup>458</sup> Com relação ao tema a fundamentação da sentença assenta: Cabe poner de manifiesto que no se puede desconocer que los artículos de la Ley N° 15.848 tachados de inconstitucionalidad fueron ratificados por el Cuerpo Electoral, al rechazarse el recurso de referéndum promovido contra dicha ley en el año 1989, extremo a partir del cual se pueden formular varias consideraciones. No obstante, la Corporación considera que la ratificación popular que tuvo lugar en el recurso de referéndum promovido contra la ley en 1989 no proyecta consecuencia relevante alguna con relación al análisis de constitucionalidad que se debe realizar. En primer término, es opinable que dicha manifestación del Cuerpo Electoral haya saneado el vicio formal de la falta de mayoría especial para sancionar una amnistía (analizado en el Considerando anterior de este pronunciamiento), en la medida en que, naturalmente, el Soberano no fue convocado para pronunciarse sobre la naturaleza jurídica ni sobre las mayorías con las que fue dictada la ley, debiendo pronunciarse, solamente, por hacer lugar o no al recurso (art. 40 de la Ley N° 16.017, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 1989). Por otra parte, el ejercicio directo de la soberanía popular por la vía del referéndum derogatorio de las leyes sancionadas por el Poder Legislativo sólo tiene el referido alcance eventualmente abrogatorio, pero el rechazo de la derogación por parte de la ciudadanía no extiende su eficacia al punto de otorgar una cobertura de constitucionalidad a una norma legal viciada "ab origine" por transgredir normas o principios consagrados o reconocidos por la Carta. Como sostiene Luigi Ferrajoli, las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la democracia sustancial, que alude a aquello que no puede ser decidido o que debe ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella (Democracia y garantismo, p. 32). El mencionado autor califica como una falacia metajurídica la confusión que existe entre el paradigma del Estado de Derecho y el de la democracia política, según la cual una norma es legítima solamente si es querida por la mayoría. De forma distinta las cuestiones pertenecientes a la que he llamado esfera de lo decidible, los derechos fundamentales están sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a la que he llamado esfera de lo no decidible (qué si y qué no). Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre de los derechos de libertad a los

maiorias contingentes não podem violar direitos fundamentais, pois tais direitos localizam-se fora da esfera de decisão e funcionam como limites a regra da maioria. Os procedimentos democráticos não podem subverter a democracia substancial, consubstanciados neste caso nos direitos fundamentais. Há limites, portanto, para a validade das decisões emanadas da maioria. E estes limites são necessários para salvaguardar a própria democracia.

O julgamento da Suprema Corte uruguaia declarando nula a lei da anistia, mesmo tendo está sido referendada pela população uruguaia, torna a decisão da Corte brasileira, no julgamento da ADPF nº 153, diametralmente oposta. No Uruguai, mesmo a população tendo referendado a impunidade a Corte declara nula a lei de anistia.

Os Tribunais superiores da Argentina e do Chile, também declararam nulas as leis que concediam anistia aos agentes do Estado que perpetraram graves violações de direitos humanos. Tais decisões têm como fundamento as normas internacionais

---

derechos sociales contra las contingentes mayorías. Es más: ésta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae a la política, es decir, a los poderes de la mayoría, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción (ob. cit., p. 55). La esfera de lo no decidible es una expresión de un contenido significativo similar a la del coto vedado de Garzón Valdés, o a la del territorio inviolable de Norberto Bobbio. Superando el rol que le asignaba el viejo paradigma paleoliberal, la jurisdicción se configura como un límite de la democracia política. En la democracia constitucional o sustancial, esa esfera de lo no decidible que implica determinar qué cosa es lícito decidir o no decidir— no es sino lo que en las Constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la decisión de la mayoría. Y el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley. De lo antedicho, Ferrajoli deriva dos consecuencias. La primera (ligada al nuevo y doble papel de garantía de los derechos fundamentales de todos y, a la vez, de la legalidad de los poderes públicos asignado a la jurisdicción), es, con respecto al paradigma paleopositivista y paleoliberal, un reforzamiento del fundamento de la división de Poderes y de la independencia de los magistrados. La segunda consecuencia ligada al aumento del peso de la jurisdicción en el sistema de los poderes públicos es un fortalecimiento del garantismo como fuente de legitimación y condición de credibilidad del poder de los jueces (ob. cit., págs. 212 y 213). Entonces, ninguna mayoría alcanzada en el Parlamento o la ratificación por el Cuerpo Electoral ni aún si lograra la unanimidad— podría impedir que la Suprema Corte de Justicia declarara inconstitucional una ley que consagre la pena de muerte en nuestro país, la cual está prohibida por disposición del art. 21 de la Carta. De la misma manera, tampoco la mayoría legislativa ratificada por el Cuerpo Electoral puede desplazar hacia el Poder Ejecutivo el ejercicio de la función jurisdiccional que le compete exclusivamente al Poder Judicial, salvo disposición expresa de la Constitución que le atribuya, excepcionalmente, tal cometido a otro órgano estatal. Y, a mayor abundamiento, si bien la separación de poderes surge, diáfananamente, de las competencias que la Constitución le asigna a los órganos estatales como ya se indicó, dicho principio es reafirmado por el art. 72 de la Carta, en el bien entendido de que la independencia del Poder Judicial y el ejercicio pleno de la función jurisdiccional por la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales y Juzgados (art. 233 de la Ley Fundamental) deriva esencial e insoslayablemente de la forma republicana de gobierno. (URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020).

e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo a Justiça argentina, destacado na sentença do caso Simón que a jurisprudência da CIDH desde o julgamento do caso “Barrios Altos”, é firme no sentido da impossibilidade de se anistiar crimes internacionais, pois o perdão neste caso viola as normas internacionais *jus cogens*, sendo que leis desta natureza, são manifestamente contrárias às obrigações assumidas pelo Estado argentino, sendo que eventual violação ao direito convencional acarreta a responsabilização internacional do Estado infrator. A jurisprudência da CIDH, no que tange a anistia é reiterada quanto à incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana. Tal incompatibilidade, como ressaltado no caso Barrios Altos, não deriva de uma questão formal, como a sua origem, mas do aspecto material, na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, relacionados com os artigos 1.1 e 2 da Convenção.

No julgamento do Caso Barrios Altos, a CrIDH assentou:

Na sentença da Corte se adverte que as leis de autoanistia mencionadas no presente caso são incompatíveis com a Convenção Americana, que o Peru subscreveu e ratificou, e que por isso mesmo é fonte de deveres internacionais do 4 Estado, contraídos no exercício de sua soberania. Na minha opinião, esta incompatibilidade traz consigo a invalidez daqueles ordenamentos, na medida em que se chocam com os compromissos internacionais do Estado. Por isso, não podem produzir os efeitos jurídicos inerentes a normas legais expedidas de maneira regular e compatíveis com as disposições internacionais e constitucionais que vinculam o Estado peruano. A incompatibilidade determina a invalidez do ato, e esta implica que tal ato não pode produzir efeitos jurídicos.<sup>459</sup>

No caso do assassinato do militante comunista chileno Almonacid Arellano, ocorrido logo após o golpe que derrubou Salvador Allende, a CrIDH, ratificou esse entendimento:

Essas autoanistias, ainda que baseadas em instrumentos "legais", - leis, decretos leis ou outros, - são a própria negação do Direito, são, verdadeiramente, uma aberração jurídica. A adoção e promulgação dessas autoanistias constituem, a meu modo de ver, uma violação adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O *tempus commisi delicti* é o da decretação da autoanistia em questão, - violação adicional à Convenção que se soma às violações originais da mesma no caso concreto. A autoanistia viola, per se, por sua própria existência, os artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana, obstrui o acesso à justiça por parte das vítimas ou de seus familiares (artigos 25 e 8 da Convenção), impede a investigação

---

<sup>459</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Barrios Altos Vs. Peru. **CNJ**, 2001. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso: 21 ago. 2021.

dos fatos (requerida pelo artigo 1(1)) da Convenção, impossibilita a realização da justiça e a concessão de reparações adequadas. Acarreta, em suma, as mais flagrantes obstrução e denegação de justiça, deixando as vítimas e seus familiares no mais completo e inadmissível desamparo.<sup>460</sup>

Em 2010, quando do julgamento da ADPF 153 que declarou válida a lei de anistia brasileira, a jurisprudência da CrIDH era reiterada no sentido da nulidade de leis concedendo clemência para aqueles que cometeram graves violações de direitos humanos. Como salienta a sentença do Caso Almonacid Vallerano, o Estado não pode ser um ente que extermina sua população. Os precedentes do Tribunal internacional, contudo, não foram considerados pelo STF, sob o falso argumento<sup>461</sup> de que a anistia brasileira não foi uma autoanistia, mas uma anistia bilateral, negociada entre governo e oposição.

Após o julgamento da ADPF 153, a CrIDH julgou dois casos envolvendo o Brasil: Caso Gomes Lund e Caso Herzog. No julgamento do Caso Gomes Lund, a Corte declarou por unanimidade que:

As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos 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.<sup>462</sup>

No julgamento do caso Herzog, a Corte afirma:

No âmbito universal, o Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu relatório ao Conselho de Segurança intitulado O Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos, salientou que “os acordos de paz aprovados pelas Nações Unidas nunca podem prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra ou contra a humanidade ou por infrações graves dos direitos humanos.” No mesmo sentido, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação profunda sobre os fatos e são, portanto, incompatíveis

<sup>460</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. **CNJ**, 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

<sup>461</sup> Os argumentos usados pelo Supremo Tribunal Federal serão examinados de forma detalhada no capítulo seguinte.

<sup>462</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

com as obrigações que competem aos Estados em virtude de diversas fontes de direito internacional.<sup>463</sup>

E por unanimidade condena o Brasil em promover a investigação e apuração das responsabilidades criminais, bem como aplicar as penas correspondentes:

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.<sup>464</sup>

O Brasil não cumpriu o determinado pela CrIDH nos dois julgamentos citados, apesar de ter reconhecido a jurisdição da Corte. Em razão do descumprimento das normas internacionais e das sentenças da CrIDH, O Brasil permanece na incomoda e isolada posição de não ter responsabilizado nenhum agente público que cometeu crimes de lesa humanidade, praticados no contexto do aparelho repressivo do Estado.

Na sentença do caso Gomes Lund, a Corte demonstrou que o Estado brasileiro não definiu a localização de 60 vítimas desaparecidas. A CrIDH determinou em virtude deste fato que o Brasil: “intensifique, com recursos financeiros e logísticos, os esforços já envidados na busca e sepultamento das vítimas desaparecidas, cujos restos mortais ainda não tenham sido encontrados ou identificados.”<sup>465</sup>

Neste contexto, o Estado brasileiro foi responsabilizado pela violação dos direitos às garantias judiciais e a proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1. No parágrafo 253 da sentença consta:

A Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do

---

<sup>463</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020. p.27

<sup>464</sup>. CORTE interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CrIDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>465</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso.<sup>466</sup>

Como referido na sentença, o Estado deve conduzir a investigação penal dos fatos do caso, no sentido de elucidá-los e responsabilizar os culpados mediante a aplicação das sanções previstas em lei. Essa investigação, contudo, deve ser feita em um prazo razoável.

Essa determinação não foi cumprida pelo Brasil, devido a declaração de validade da Lei de Anistia pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153. Esta postura acarreta a violação do artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê que: “Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”<sup>467</sup>

Neste cenário de conflito entre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, quais as consequências que poderiam advir para o Estado brasileiro. Segundo Carvalho Ramos, evidentemente que não há possibilidade de persistir essa cisão entre os Tribunais, pois neste caso:

O Brasil não poderia mais, em boa-fé, comprometer-se em cumprir as deliberações da Corte Interamericana. Só poderia cumprir aquelas decisões que não se chocassem com a interpretação nacionalista do STF. Perderia o sentido a garantia internacional dos direitos humanos e os futuros casos perante a Corte de San José seriam mero simulacro. Com isso, ficaria claro que o Brasil não mais teria condições de manter o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois só poderia acatar a força vinculante de seus comandos caso a visão nacional do STF sobre direitos protegidos fosse respeitada. Ou seja, a sentença da Corte seria supérflua, se repetisse o STF; inócua, se o contrariasse.<sup>468</sup>

Na hipótese de seguir descumprindo as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “restaria, então, ao Brasil seguir o caminho de Trinidad e Tobago,

---

<sup>466</sup>. CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

<sup>467</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, 2020. Assinada em 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2021.

<sup>468</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.415.

denunciando a Convenção Americana de Direitos Humanos. A denúncia seria aceita pela Corte IDH, pois está prevista no artigo 78 da Convenção.”<sup>469</sup>

Essa solução, contudo, não afastaria o dever do Brasil em promover a investigação e punição dos agentes da repressão que cometeram crimes, porque o país: “responderia por todas as sentenças de casos propostos por violações ocorridas até 1 ano após a data da denúncia (o chamado período de pré-aviso).”<sup>470</sup>

Desta forma, do ponto de vista do argumento deste trabalho, mesmo a denúncia em relação a Convenção Americana de Direitos Humanos por parte do Brasil, não afastaria o dever internacional de cumprir as sentenças da Corte.

Entretanto, como aponta Carvalho Ramos<sup>471</sup> a denúncia seria inconstitucional por ofensa a garantia da proibição de retrocesso, conforme previsto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso 4º, da Constituição da República, tendo em vista que não se admite alteração legislativa que tenda a abolir os direitos e garantias individuais.<sup>472</sup>

O descumprimento das sentenças da CrIDH e o conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF que declarou válida a lei de anistia brasileira e a da Corte que a declara nula para Carvalho Ramos é um conflito aparente e se resolve pelo Diálogo das Cortes ou pela teoria do duplo controle.<sup>473</sup>

---

<sup>469</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.417.

<sup>470</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.417.

<sup>471</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.417.

<sup>472</sup> O artigo 60 da Constituição Federal dispõe: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020).

<sup>473</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.418-419.

Segundo o autor:

no caso do diálogo inexistir ou ser insuficiente, adoto a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.<sup>474</sup>

A teoria do duplo controle de Carvalho Ramos, sustenta que o STF exerce o controle de constitucionalidade e a Corte Interamericana o controle de convencionalidade. As autoridades do Estado brasileiro, no entanto, estariam sujeitas a observância das decisões de ambos os Tribunais, afirmando o autor que se deve: “exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana.”<sup>475</sup>

Referida teoria não resolve o problema do descumprimento das sentenças que determinam ao Brasil que promova a investigação e punição dos agentes públicos que cometeram crimes durante a ditadura civil-militar brasileira. A decisão do STF, no julgamento da ADPF nº 153, declarando válida a lei de anistia continua impedindo a punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos. A teoria do duplo controle não apresenta condições de aplicação prática, pois as decisões finais serão submetidas ao próprio STF, última instância do sistema brasileiro de justiça. Neste sentido, a teoria é viável apenas do ponto de vista abstrato, na medida em que não tem condição de possibilidade no campo da eficácia. Acrescente-se que desde a promulgação da sentença do Caso da Guerrilha do Araguaia em 2010, não ocorreu o diálogo das cortes ou então o duplo controle, fato que evidencia a ineficácia da teoria. O diálogo eficaz entre as Cortes relativamente a proteção dos direitos humanos é aquele realizado entre as cortes regionais, como o que ocorre entre a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana.

---

<sup>474</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.418.

<sup>475</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019. p.419.



Flávia Piovesan<sup>476</sup> demonstra a utilização dos precedentes da CrIDH pela Corte Europeia.

O controle de convencionalidade eficaz é o sustentado por Sagüés, conforme exposto na subparte 3.1.3. O autor sustenta um controle preventivo e reparador. Diferentemente da teoria conciliatória e ineficaz proposta por Carvalho Ramos, a tese de Sagüés é oposta e eficaz ao afirmar que a missão clássica do controle de convencionalidade é justamente não aplicar as normas de direito interno contrárias a Convenção Americana de Direitos Humanos e a doutrina assentada da Corte:

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, consistió en cumplir un papel típicamente represivo: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana.<sup>477</sup>

A não aplicação de normas domésticas contrárias a Convenção Americana de Direitos Humanos e o cumprimento das sentenças da CrIDH, caracterizam o controle de convencionalidade repressivo. Sagüés, contudo, acrescenta que além do necessário controle repressivo, junto com este devem ser feitas ações no sentido de adequar a legislação, compatibilizando as normas nacionais com as normas internacionais e a jurisprudência da CrIDH: “Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad há asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un reciclaje de la norma nacional.”<sup>478</sup>

---

<sup>476</sup> Piovesan afirma que é possível criar uma tipologia da utilização da jurisprudência da CrIDH pela Corte Europeia: “É possível criar uma tipologia de casos decididos pela Corte Europeia de Direitos Humanos que incorporam a jurisprudência da Corte Interamericana, com base em relatório produzido pelo Conselho da Europa em dezembro de 2012. Destacam-se fundamentalmente quatro categorias de casos: 1) casos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas; 2) casos envolvendo a observância do due process of law no julgamento de graves violações de direitos humanos; 3) casos envolvendo o dever do Estado de prevenir e investigar graves violações de direitos, adotando due diligences; e 4) casos envolvendo a proteção de direitos sociais.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2019. p.231-232).

<sup>477</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p. 24.

<sup>478</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p. 24.

Sagüés menciona que a CrIDH no julgamento do caso Radilla Pacheco decidiu que a Justiça mexicana deve realizar essa compatibilização, adequando a legislação doméstica a jurisprudência da Corte Interamericana.<sup>479</sup>

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconventionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.<sup>480</sup>

O controle de convencionalidade descrito por Ságües, composto pelos controles preventivo e repressivo, aos quais devem se somar ações tendentes a adequação da legislação constitucional e infraconstitucionais domésticas, desemboca em uma ideia central defendida pelo autor em seu texto: a noção de que a Constituição não é um instrumento jurídico isolado, mas sim um documento que

<sup>479</sup> O parágrafo 340 da sentença do Caso Radilla Pacheco dispõe: “De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar em México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados em el presente caso. (CORTE interamericana de derechos humanos: caso radilla pacheco vs. estados unidos mexicanos. **Summa**, 2009. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/pt/entity/y0hpdmc44zwzsemi?page=93>>. Acesso em: 30 ago. 2021).

Cabellero Ochoa, da mesma forma alude ao controle de convencionalidade repressivo constante da sentença do Caso Radilla Pacheco. Mediante o controle da convencionalidade, a Corte Interamericana fez uma interpretação de acordo com a Constituição mexicana com relação ao artigo 8.1 da CADH, e com sua própria trajetória jurisprudencial, o que resultou na integração completa da disposição constitucional. Isso implica que o artigo 13 da CPEUM não pode ser estendido nem aplicado senão com relação à Convenção Americana e à jurisprudência que a Corte Interamericana emitiu a respeito. Assim diz a mesma CrIDH em uma obrigação de interpretação que se estende ao Poder Judiciário, especialmente ao juízo de constitucionalidade. Esse caso documenta claramente o que acontece na interação entre a ordem constitucional e internacional. Encontramos-nos, de um lado, frente à incidência de constitucionalidade das cortes internacionais de direitos humanos, e de outro frente à necessidade de que os tribunais constitucionais, ao assumir a interpretação dos direitos fundamentais, construam seu conteúdo a partir dos tratados internacionais e da jurisprudência derivada dos mesmos. Um Direito

constitucionalmente integrado, que não pode ser afetado pelo legislador ordinário nem pelos operadores jurídicos em geral. (OCHOA, José Luiz Caballero. A Trajetória do Processo de Justiça Transicional do México. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29983.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

<sup>480</sup> SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p. 25.

deve ser conformado com os tratados internacionais de direitos humanos e com a jurisprudência dos Tribunais internacionais.<sup>481</sup>

Essa necessária adequação entre os tratados de direitos humanos, as decisões dos Tribunais internacionais e a legislação e a jurisprudência nacionais não está presente na teoria do Diálogo entre as Cortes ou no Duplo Controle. E essa é a razão da sua ineficácia, pois não se pode admitir a convivência de decisões conflitantes, mas a internalização e adequação das decisões nacionais as decisões dos Tribunais Internacionais, pois como adverte Sagües, a Constituição não pode ser considerada isoladamente, devendo ser conformada e compatibilizada com as normas e precedentes internacionais.

Na sentença do Caso Gelman a Corte Interamericana de Direitos Humanos, deixa clara a necessidade do exercício do controle de convencionalidade pelos juízes nacionais, com a observância das normas internacionais e da jurisprudência da Corte:

Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>482</sup>

O controle de convencionalidade, portanto, deve ser exercido nestas duas dimensões propostas por Sagües, preventiva e reparadora, tendo-se presente que a Constituição não é um instrumento jurídico isolado e autônomo, mas submetido a observância das normas e da jurisprudência dos Tribunais internacionais.<sup>483</sup>

---

<sup>481</sup> Sagües afirma: “En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. (SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p. 25).

<sup>482</sup> CORTE interamericana de derechos humanos: caso Gelman vs. Uruguay. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

<sup>483</sup> Sagües afirma: “es un control de tipo mixto, por un lado preventivo, en el sentido que debe realizarse antes de emitir la norma, redactándola conforme con la convención americana sobre derechos humanos y

No Brasil, relativamente ao tema da persecução penal dos agentes da repressão não foi realizado o controle de convencionalidade reparador, pois o Supremo Tribunal Federal declarou válida a lei de anistia, contrariando as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência da CrIDH.

Entretanto, como mencionado na subparte 3.2.1 que trata da jurisprudência brasileira sobre a persecução penal dos agentes da repressão, o controle de convencionalidade na acepção reparadora de Sagüés é realizado para outras matérias, como a prisão do depositário infiel não permitida com fundamento na aplicação das normas da Convenção Americana, mas quando o tema é a persecução penal dos agentes que cometeram crimes durante a ditadura, as normas internacionais e a jurisprudência da CrIDH não são observadas. Essa cisão injustificável da jurisprudência do STF tem-se alargado com o exercício do controle de convencionalidade reparador para matérias não relacionadas com a persecução penal dos agentes da repressão em recentes julgamentos. No julgamento do habeas corpus nº 171118,<sup>484</sup> o Supremo Tribunal exerceu o controle de convencionalidade

---

la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, reparador, a fin de auto abolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de “obediencia debida” y de “punto final”, que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976/83, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador. Por supuesto, ambas dimensiones (la preventiva y la reparadora), son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconvencionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros (v. gr., jueces), necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconventionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope heterónomo a sus competencias, y lo mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza –felizmente- a hacerse carne en diversos escenarios latino-americano. (SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el re-ciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014. p. 25).

<sup>484</sup> A ementa da decisão é a seguinte: “Penal e Processual Penal. 2. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem. 3. Parâmetro para *controle de convencionalidade*. Art. 14.7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Art. 8.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de “proteger os direitos dos cidadãos que tenham sido processados por determinados fatos para que não voltem a ser julgados pelos mesmos fatos” (Casos Loayza Tamayo vs. Perú de 1997; Mohamed vs. Argentina de 2012; J. vs. Perú de 2013). 4. Limitação ao art. 8º do Código Penal e interpretação conjunta com o art. 5º do CP. 5. Proibição de o Estado brasileiro instaurar persecução penal fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado. Precedente: Ext 1.223/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 28.2.2014. 6. Ordem de habeas corpus concedida para trancar o processo penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 171.118 - SP**. Pacte.: Marcelo Brandao Machado; Impte. Maria Elizabeth Queijo e outro. Relator: min. Gilmar mendes. Brasília, 12 de novembro de 2019 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>>. Acesso em: 21 ago. 2021).

reparador não aplicando norma do Código Penal em razão da norma doméstica violar as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nos demais países do Cone Sul, o controle de convencionalidade foi exercido nas dimensões preventiva e reparadora. As leis de anistia foram revogadas pelo Poder Legislativo, como no caso da Argentina e anuladas pelo Poder Judiciário na Argentina, no Chile e no Uruguai. As Cortes supremas declararam nulas as leis de anistia, com fundamento nas normas internacionais e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo a Justiça argentina, destacado na sentença do caso Simón que a jurisprudência da CIDH desde o julgamento do caso “Barrios Altos”, é firme no sentido da impossibilidade de se anistiar crimes internacionais, pois o perdão neste caso viola as normas internacionais *jus cogens*, sendo que leis desta natureza, são manifestamente contrárias às obrigações assumidas pelo Estado argentino, sendo que eventual violação ao direito convencional acarreta a responsabilização internacional do Estado infrator. A jurisprudência da CIDH, no que tange a anistia é reiterada quanto à incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana. Tal incompatibilidade, como ressaltado no caso Barrios Altos, não deriva de uma questão formal, como a sua origem, mas do aspecto material, na medida em que violam direitos consagrados na Convenção. E quanto a violação de direitos consagrados na Americana, especificamente os artigos 8 e 25,<sup>485</sup> a jurisprudência de

---

<sup>485</sup> Artigo 8º - Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. Artigo 25. Proteção judicial. 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal

brasileira como referido na subparte 3.2.1, não outorga aos tratados internacionais direitos humanos natureza constitucional.<sup>486</sup>

E neste aspecto, no que se denominou de bloco de constitucionalidade, composto por normas constitucionais dos Estados e normas internalizadas de tratados internacionais de direitos humanos, o Brasil também é o único país que não reconhece a natureza constitucional dos tratados. As convenções e tratados internacionais, segundo a jurisprudência da Argentina, Chile e Uruguai, conforme exposto na subparte 3.2, possuem natureza constitucional, não existindo hierarquia entre as normas convencionais e as normas constitucionais, formando em matéria de direitos humanos, um bloco.

O reconhecimento desse bloco de constitucionalidade decorre da afirmação progressiva do direito internacional dos direitos humanos. No caso da Argentina, como exposto na subparte 3.2.1, desde 1992, a Corte Suprema reconheceu a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, na decisão do caso *Ekmekdjian c. Sofovich*.<sup>487</sup> Em 1994, por meio de uma reforma constitucional, a natureza constitucional dos tratados foi escrita na Constituição em seu inciso 22, do artigo 75,<sup>488</sup> afirmando a supremacia dos tratados frente a

---

violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados Partes comprometem-se: a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado precedente o recurso. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, 2020. Assinada em 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 21 ago. 2021).

<sup>486</sup> No capítulo que trata da jurisprudência brasileira sobre o tema (subparte), demonstrou-se a incoerência do STF, ao declarar a natureza constitucional dos Tratados internacionais relativamente ao tema da prisão civil do depositário infiel, privilegiando norma do Pacto de São José e nos casos de persecução criminal dos agentes da repressão da ditadura civil-militar considerar os tratados normas inferiores a Constituição, na nomenclatura do STF, normas com caráter de suprallegalidade, inferiores a Constituição e acima da legislação ordinária.

<sup>487</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal**: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. p.111.

<sup>488</sup> O inciso 22, do artigo 72 dispõe: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (5); la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (6); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (8); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (9); la Convención sobre los

legislação ordinária, formando o bloco de constitucionalidade em matéria de direitos humanos na Argentina.<sup>489</sup>

No Chile, a Corte Suprema firmou jurisprudência no sentido de que os tratados de direitos humanos em conjunto com as normas constitucionais, formando um bloco de constitucionalidade.<sup>490</sup>

No Uruguai a Suprema Corte no julgamento do Caso Sabalsagaray, afirmou que não se admite invocar o direito interno para descumprir tratados internacionais:

Asimismo, al sancionar la Ley N° 15.848, no se contemplaron los arts. 1.1, 8.1 y 25.1 y 2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En tal sentido, se afectó ilegítimamente la situación de las víctimas y sus 4 familiares, quienes se vieron privados de las garantías judiciales indispensables para que se castigara a los responsables de los delitos cometidos. Es sabido que no se admite invocar el derecho interno para no cumplir los tratados internacionales. Analizada la cuestión en su contexto, se aprecia que no puede ahora invocarse la teoría clásica de la soberanía para defender la potestad estatal de limitar la protección jurídica de los derechos humanos. Los derechos humanos han desplazado el enfoque del tema y ya no se puede partir de una potestad soberana ilimitada para el Estado en su rol de constituyente. En este sentido, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados preceptúa que un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.<sup>491</sup>

A Corte uruguaia reafirmou a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos e, conseqüentemente, a formação de um bloco de constitucionalidade, no julgamento do ex-presidente Bordaberry.<sup>492</sup>

---

Derechos del Niño (10); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. (SISTEMA de información de tendencias educativas em América Latina. Constitución de la Nación Argentina. **Poder Legislativo**, 2018. Disponível em: <[https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/ar\\_6000.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2021).

<sup>489</sup> OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018. pp. 111.

<sup>490</sup> PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p. 299.

<sup>491</sup> URUGUAI. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

<sup>492</sup> URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

Diversamente da Argentina, do Chile e do Uruguai que atribuem natureza constitucional aos tratados de direitos humanos, os quais integram um bloco de constitucionalidade, o sistema de justiça brasileiro não adota esse entendimento.

A Constituição brasileira prevê no parágrafo 2º do artigo 5º que: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” No parágrafo 3º, introduzido por meio da emenda constitucional nº 45 de 2004, consta que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.<sup>493</sup>

Conforme demonstra Carvalho Ramos<sup>494</sup> até a edição da emenda constitucional nº 45 que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição, havia intenso debate na jurisprudência e na doutrina, sendo que os precedentes judiciais majoritariamente consideravam os tratados de direitos humanos com o mesmo status das leis ordinárias e a doutrina predominantemente defendia a natureza constitucional dos tratados de direito humanos, como Cançado Trindade e Flávia Piovesan.

Em 2003, o então Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do habeas corpus nº 79785,<sup>495</sup> proferiu voto no sentido de outorgar aos tratados de direitos humanos, natureza supralegal, ou seja: superior a legislação ordinária, mas inferior a Constituição. Entretanto, tal posicionamento não prevaleceu até o ano de 2008, quando a tese da supralegalidade foi resgatada e adotada no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343.<sup>496</sup>

---

<sup>493</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>494</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2020. p.542.

<sup>495</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 79785 - RJ**. Impetrante: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Relator ministro Sepulveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

<sup>496</sup> No voto do Ministro Gilmar Mendes consta: “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7o, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O “status” normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto-Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 466343 – SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 21 ago. 2021).



Segundo Carvalho Ramos a forte divergência acerca da natureza dos tratados de direitos humanos, propiciou que os movimentos de defesa dos direitos humanos conseguissem mobilizar o Congresso Nacional para aprovar emenda constitucional neste sentido.<sup>497</sup> Neste contexto foi aprovada a emenda nº 45/2004 que acrescentou o parágrafo 3º, ao artigo 5º, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”<sup>498</sup>

Contudo, como refere Carvalho Ramos a emenda não foi recebida pelos movimentos de direitos humanos e por especialistas<sup>499</sup>, que criticaram a alteração constitucional.

---

<sup>497</sup> RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 543.

<sup>498</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

<sup>499</sup> Cançado Trindade em seu voto separado no julgamento do Caso Ximenes Lopes sobre o parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição afirmou: “ Na supracitada audiência pública, no presente caso, de 30 de novembro e 01 de dezembro perante esta Corte, em resposta a uma das perguntas que me permiti formular sobre as atuais perspectivas gerais a respeito, uma das testemunhas expressou que "os constitucionalistas mais justos são extremamente pessimistas com relação ao resultado do que possa ocorrer do ponto do engessamento do judiciário brasileiro" Minha pergunta tinha em mente o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira. Não é meu propósito aqui examinar este dispositivo (tampouco o merece), senão a ele referir-me da perspectiva da Convenção Americana, como direito aplicável no cas d'espèce. Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, status constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado<sup>31</sup>. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbroglío tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 31. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim chamados "constitucionalistas internacionalistas", que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto, - tal como o afirmo em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil, - é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1(1), 2 e 29). Do prisma

A promulgação da emenda constitucional nº 45/2004, como menciona Carvalho Ramos, suscitou intenso debate acerca da inconstitucionalidade da referida emenda, pois se argumentou que houve retrocesso quanto a natureza dos tratados de direitos humanos. O retrocesso estaria caracterizado pela existência de dois tipos de tratados de direitos humanos, aqueles aprovados antes da alteração, os quais seriam equivalentes as leis e aqueles aprovados pelo rito previsto na emenda nº 45/2004, que teriam natureza constitucional. Entretanto, após a promulgação da referida emenda constitucional o Congresso Nacional aprovou diversos tratados de direitos humanos por meio do rito comum<sup>500</sup>, com maioria simples, tendo em vista que a norma constitucional utiliza o termo “que forem” aprovados, ou seja, admite os dois ritos, um com maioria simples, outro com maioria qualificada de dois terços exigido para as emendas constitucionais.

---

do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se consciência da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de Electra, e de Irene Ximenes Lopes Miranda). 33. Mas há que continuar lutando, inclusive para que a justiça pública reaja imediatamente e ex officio à comissão do ilícito e à vitimização, e não movida a aparente contragosto e a duras penas pelos familiares das vítimas. Há que continuar lutando, pois, na verdade, não há outra alternativa: "Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d'actions sans lien qui devient son destin, crée par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux". Os triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3 no artigo 5 da Constituição Federal brasileira, reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de interna corporis, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes." (CORTE interamericana de direitos humanos: caso Ximenes Lopes vs. Brasil. **CrIDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso: 21 ago. 2021).

<sup>500</sup> Os seguintes tratados foram aprovados por maioria simples após a promulgação da emenda constitucional nº 45/2004: Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado em 18 de dezembro de 2002. Decreto Legislativo n. 483, de 20-12-2006, e Decreto n. 6.085, de 19-4-2007. 2) Protocolo de Assunção sobre Compromisso com a Promoção e a Proteção dos Direitos Humanos do Mercosul, assinado em Assunção, em 20 de junho de 2005. Decreto Legislativo n. 592, de 27-8-2009, e Decreto n. 7.225, de 1º-7-2010. 3) Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, assinada em Paris, em 20 de outubro de 2005. Decreto Legislativo n. 485, de 20-12-2006, e Decreto n. 6.177, de 1-7-2007. 4) Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Decreto Legislativo n. 22, de 10-2-2006, e Decreto n. 5.753, de 12-4-2006. 5) Segundo Protocolo relativo à Convenção da Haia de 1954 para a Proteção de Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, celebrado na Haia, em 26 de março de 1999. Decreto Legislativo n. 782, de 8-7-2005, e Decreto n. 5.760, de 24-4-2006. 6) A Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça, Decreto Legislativo n. 658/10, de 10-9-2010, e ratificada em 20-11-2011. p. 549.

Na perspectiva deste trabalho, os tratados de direitos humanos possuem natureza constitucional e formam o denominado bloco de constitucionalidade formado por normas internacionais e domésticas. Esse bloco de constitucionalidade como exposto acima, foi reconhecido pelas Cortes Supremas da Argentina, Chile e Uruguai. No caso brasileiro a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, conforme afirma Flávio Piovesan, decorre da própria redação do parágrafo 2º, o qual dispõe que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”<sup>501</sup> Segundo a autora: “Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quórum de aprovação”.<sup>502</sup>

Em suma, segundo Piovesan, os tratados de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, são normas material e formalmente constitucionais. Os tratados ratificados depois da emenda constitucional serão normas materialmente constitucionais. Entretanto, para serem consideradas também formalmente constitucionais deverão para sua aprovação serem submetidas ao rito previsto no parágrafo 3º, qual seja, aprovação pela maioria qualificada de três quintos do Parlamento.<sup>503</sup> Além disso, por disciplinarem direitos e garantias individuais são consideradas cláusulas pétreas da Constituição, conforme previsto no artigo 60, § 4º, inciso IV, não se admitindo que sejam abolidos.<sup>504</sup>

---

<sup>501</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020

<sup>502</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 150.

<sup>503</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 160.

<sup>504</sup> Conforme Piovesan: “Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e conteúdo essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais, por sua vez, não podem ser denunciados. Ao se admitir a natureza constitucional de todos os tratados de direitos humanos, há que ressaltar que os direitos constantes nos tratados internacionais, como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, constituem cláusula pétrea e não podem ser abolidos por meio de emenda à Constituição, nos termos do art. 60, § 4o. Atente-se que as cláusulas pétreas resguardam o núcleo material da Constituição. Nesse sentido, os valores da separação dos Poderes e da federação — valores que asseguram a descentralização orgânica e espacial do poder

Como exposto nesta subparte, a Corte Suprema brasileira, diferentemente dos Tribunais dos demais países do Cone Sul, despreza as normas internacionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos. Esse posicionamento do sistema judicial brasileiro não está embasado em argumentos jurídicos, pois estes sem dúvida alguma obrigam o Estado brasileiro investigar, processar e punir os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, perpetradas durante a ditadura.

O sistema de justiça brasileiro ao privilegiar a legislação interna em detrimento das normas internacionais, revela que a fundamentação se afasta do direito e adentra a esfera subjetiva das contingências políticas e sociais. No caso da lei da anistia, declarada recepcionada pela Constituição de 1988, pelo STF, na decisão da ADPF 153, os argumentos extrajurídicos foram decisivos para o resultado do julgamento. Prevaleceu os falsos argumentos de que a anistia foi bilateral, pretensamente oriunda de um acordo da sociedade feito em nome de uma suposta reconciliação nacional.

Neste contexto, para ultrapassar os argumentos jurídicos irrefutáveis, o Supremo Tribunal Federal, como será exposto no capítulo seguinte utiliza argumentos de natureza político ideológica, especialmente aqueles que se referem a reconciliação nacional e ao suposto acordo da sociedade para a concessão da anistia. Esta fundamentação presente na decisão proferida nos autos da ADPF nº 153, despreza o direito penal internacional e a jurisprudência da CIDH. A Corte Interamericana, no julgamento dos casos Herzog e Gomes Lund, determinou que o Brasil investigue e puna os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos praticadas na vigência da ditadura civil-militar, pois a lei de anistia é nula neste caso, não podendo gerar qualquer efeito jurídico.

Esses argumentos de natureza política, como diz Elisabeth Salmón, são enganosos, sendo que no caso brasileiro, a impunidade dos agentes da repressão, resulta na inconclusa justiça de transição, apoiada num falso dilema social, não jurídico:

---

político —, o valor do voto direto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais — valores que asseguram o princípio democrático —, compõem a tônica do constitucionalismo inaugurado com a transição democrática. Os direitos enunciados em tratados internacionais em que o Brasil seja parte ficam resguardados pela cláusula pétrea “direitos e garantias individuais”, prevista no art. 60, § 4o, IV, da Carta. (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2018. p.160).

A coexistência entre impunidade e reconciliação apresenta-se como enganosa, tanto em termos teóricos quanto de experiência comparada. E, como bem se afirma em um informe das Nações Unidas, 'nossas experiências durante a década passada demonstram com clareza que não é possível consolidar a paz no período imediatamente posterior ao conflito, nem mantê-la a longo prazo, a menos que a população confie que poderá obter a reparação das injustiças sofridas por meio de estruturas legítimas encarregadas do acerto pacífico das controvérsias e a correta administração da justiça'.<sup>505</sup>

No Brasil, os agentes do Estado que cometeram crimes continuam impunes em virtude do desprezo do Supremo Tribunal Federal ao direito internacional dos direitos humanos e aos precedentes dos Tribunais internacionais. O obstáculo maior para a persecução penal dos agentes da repressão é a decisão proferida na ADPF 153, que declarou válida a lei de anistia, em violação frontal as normas internacionais *jus cogens* e a jurisprudência da CIDH.

Essa posição da Suprema Corte deve ser revista e, assim, alinhada à jurisprudência dos demais países do Cone Sul. Na perspectiva deste trabalho, depois do julgamento dos casos Herzog e Gomes Lund, onde houve determinação para que o Brasil promova a investigação e punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos, não há mais como se manter a jurisprudência da impunidade, na medida em que o Brasil reconhece a jurisdição da Corte Interamericana.

Assim, em consonância com as normas internacionais, os ditames da justiça universal e a jurisprudência da Corte Interamericana, o Supremo Tribunal Federal deve alterar sua jurisprudência no sentido de anular a leis de anistia, permitindo a responsabilização penal dos agentes da repressão.

A impunidade de crimes contra a humanidade, impede a travessia completa para a democracia, deixando inconcluso o processo da justiça de transição no eixo da justiça. E a busca da justiça não cessa com o passar do tempo, como alerta Ruti Teitel:

Como demonstra a perspectiva genealógica, o interesse na busca da justiça não necessariamente declina com o transcurso do tempo. Um dos motivos talvez seja o fato de que a justiça transicional se relaciona com condições políticas excepcionais, em que o próprio Estado está envolvido nos crimes e a busca da justiça necessariamente aguarda uma mudança de regime. Em

---

<sup>505</sup> SALMÓN, Elizabeth. Algumas reflexões sobre o Direito Internacional Humanitário e a Justiça Transicional: Lições da Experiência Latino-Americana. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.245.

anos recentes, isto se caracterizou, por alguns, como 'Efeito Scilingo', uma confissão entregue duas décadas depois de terminar o regime das juntas militares na Argentina, que reabriu a discussão sobre a justiça para os crimes cometidos durante a guerra suja.<sup>506</sup>

Neste sentido, o Ministério Público Federal tem tido papel importante, pois vem promovendo ações penais contra os agentes da repressão que cometeram crimes contra a humanidade. Recentemente, em julho de 2020, por exemplo, o MPF:

[...] denunciou três militares pelo sequestro e tortura do ex-militante Paulo de Tarso, da Ação Libertadora Nacional (ALN): os sargentos Rubens Gomes Carneiro, o 'Boamorte', e Ubirajara Ribeiro de Souza, o 'Zezão', e o soldado Antônio Waneir Pinheiro Lima, o 'Camarão'. Além da condenação dos denunciados o MPF pede a perda de cargo público, o cancelamento da aposentadoria e uma indenização de R\$ 111,3 mil à família.<sup>507</sup>

Tramitam na Justiça brasileira, além desta ação proposta em julho de 2020, dezenas de outras, incluindo os embargos declaratórios interpostos pela OAB na ADPF 153, que segue pendente de julgamento. A responsabilização penal dos agentes da repressão segue em aberto e as instâncias judiciárias ainda terão que se manifestar sobre a punição destas graves violações de direitos humanos, a qual do ponto de vista do direito, como exposto neste trabalho deve ocorrer.

O controle de convencionalidade reparador proposto por Sagüés deve ser aplicado pelo Supremo Tribunal, compatibilizando a jurisprudência da Suprema Corte com as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinam que o Brasil que promova a investigação e punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos perpetradas na vigência do regime autoritário, como fizeram Argentina, Chile e Uruguai, países que condenaram centenas de agentes públicos que cometeram crimes de lesa humanidade, conforme demonstrado neste estudo comparado.

Os demais países do Cone Sul continuam investigando e punindo os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos. A Argentina, por exemplo, em agosto de 2021, pela primeira vez condenou agentes da repressão por crimes sexuais. Os ex-militares Jorge Tigre Acosta e Alberto González foram condenados a 24 e 20 anos de prisão ao serem declarados culpados de cometer violência sexual

---

<sup>506</sup> TEITEL, Ruti. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011. p.160-161.

<sup>507</sup> BERNARDO, André. A história da 'Casa da Morte' contada por única sobrevivente. **BBC, 2021**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55492932>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

contra três mulheres que foram sequestradas e mantidas na ESMA entre 1977 e 1978.<sup>508</sup> As condenações como salientou Alejandra Naftal, diretora do museu que funciona no prédio onde era a Escola de Mecânica da Marinha, maior centro clandestino de torturas, estupros e assassinatos que funcionou durante a ditadura argentina, não é apenas uma questão de justiça, mas também de reparação e memória.<sup>509</sup>

---

<sup>508</sup> A respeito da violência sexual praticada por agentes das forças armadas, Lorena Ballardini, Ana Oberlin e Laura Sobredo em artigo sobre o tema demonstram também a cumplicidade das violações com civis: “Dos testemunhos surge, com nitidez, que as agressões sexuais às quais foram submetidos aqueles que estavam ali detidos não configuraram situações isoladas, senão que fizeram parte desse plano geral de aniquilamento e degradação da subjetividade das pessoas. Além disso, violência sexual, em toda a sua amplitude, bem como o estupro em particular, foi executada por pessoas pertencentes às diferentes Forças Armadas e de segurança, localizadas em diferentes lugares das estruturas verticais dessas forças. E, até, em alguns casos, por civis que agiram como parte do acionar repressivo. (BALARDINI, Lorena; OBERLIN, Ana; SOBREDO, Laura. Violência de Gênero e Abusos Sexuais em Centros Clandestinos de Detenção: A Contribuição para compreensão da experiência Argentina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, N. 6, 2012. p.127).

<sup>509</sup> Pela primeira vez, um tribunal argentino condenou repressores da ditadura por crimes sexuais cometidos no maior centro clandestino de detenção que funcionou durante o regime, a Escola de Mecânica da Marinha (ESMA, na sigla em espanhol). Os ex-militares Jorge Tigre Acosta e Alberto González foram condenados a 24 e 20 anos de prisão ao serem declarados culpados de cometer violência sexual contra três mulheres que foram sequestradas e mantidas na ESMA entre 1977 e 1978. O Tribunal Oral Federal 5 de Buenos Aires os declarou culpados de “estupro agravado por ter sido cometido por duas ou mais pessoas, reiteradamente em pelo menos 10 oportunidades”, abuso desonesto, privação ilegítima da liberdade e suplícios, crimes que foram declarados imprescritíveis por ser de lesa-humanidade. Acosta, ex-capitão da Marinha argentina, foi chefe de inteligência e do grupo de tarefas da ESMA durante a ditadura. Os juízes Adrián Grunberg, Daniel Obligado e Adriana Pallioti o declararam autor penalmente responsável de abuso desonesto e estupro contra as denunciante Mabel Zanta, María Rosa Paredes e Silvia Labayrú. González, que também integrava o grupo de tarefas 3.3.2. como oficial de inteligência, foi condenado pelos crimes cometidos contra Labayrú. A denúncia foi feita em 2014, mas só chegou a julgamento oral em 2020, durante a pandemia do coronavírus através de audiências privadas realizadas pela plataforma Zoom, as denunciante relataram os abusos, estupros e violência psicológica a que foram submetidas durante seu sequestro no centro clandestino de detenção localizado em frente a uma das grandes avenidas de Buenos Aires e por onde passaram aproximadamente 5.000 presos. A violência sexual cometida contra as presas na ESMA já foi revelada em julgamentos anteriores, mas nunca foi julgada como um crime autônomo. Tanto a Promotoria como as denunciante afirmam que a sentença contribui para visualizar os crimes cometidos nos centros clandestinos. “Existiram muitas mulheres estupradas como eu na ESMA que por medo e outras razões não denunciaram. A sentença me satisfaz porque talvez permita que outras mulheres pensem que é possível denunciar e se encorajem a fazê-lo”, responde Labayrú da Espanha. Algumas das sobreviventes “ainda não têm consciência de que foram vítimas de estupros”, segundo a jornalista Miriam Lewin, também sobrevivente da ESMA e uma das primeiras a expor os abusos cometidos contra as mulheres sequestradas pela ditadura em seu livro *Putas e guerrilheiras*. “A vergonha e a culpa, a condenação social, a vitimização são barreiras para todas as vítimas de estupro hoje”, declarou Lewin à agência Télam. “A Justiça não é só a condenação dos responsáveis, e sim também a reparação e a memória”, destaca Alejandra Naftal, diretora do museu que funciona no prédio onde era a ESMA, hoje transformado em centro de memória. Em 2019, a instituição expôs alguns dos depoimentos de sobreviventes que foram vítimas de crimes sexuais e prepara uma nova mostra sobre o tema para o ano que vem. As penas recebidas na sexta-feira por Acosta e González se unificam com as condenações à prisão perpétua que já haviam recebido em julgamentos anteriores por sequestros, torturas e assassinatos. Os dois cumprem suas sentenças na prisão. (CENTENERA, Mar. Condenação histórica na Argentina por crimes sexuais perpetrados no maior centro de detenção da ditadura. **Jornal El País**, 2021. Disponível em:

A ausência de julgamentos daqueles que cometeram graves violações de direitos humanos não é apenas uma questão de justiça, mas também de memória. O processo judicial com seus depoimentos, audiências e sessões de julgamento reconstrói os acontecimentos e contribuiu para o resgate da memória e para a não repetição das atrocidades cometidas, como mencionado na reportagem sobre a primeira condenação por crimes sexuais na Argentina.

Os julgamentos de Nuremberg entraram para história porque puniram os criminosos do nazismo e porque contaram essa mesma história no tribunal, com os depoimentos dos acusados e das testemunhas, das manifestações da defesa e da acusação, das sentenças, enfim de todo o ritual documentado que um julgamento produz. Desde os julgamentos realizados pelo Tribunal Internacional de Nuremberg, esses atos de procedimentos de justiça demonstram a justiça tem papel também na memória. Nos julgamentos de crimes contra a humanidade existe uma dimensão histórica. As transições políticas de estados de exceção para democracias são complexas e apresentam enormes desafios. Há um longo caminho a ser percorrido para o rompimento com o passado autoritário. Esse legado arbitrário repercute no presente e precisa ser colocado na ordem do dia. O processo transicional no Brasil paira inconcluso, pendente de resolução particularmente quanto à justiça. Os julgamentos e a responsabilização dos agentes que cometeram crimes contra a humanidade são indispensáveis para a concretização do processo de transição, como será exposto na sequência do trabalho.

Os países do Cone Sul, nas décadas de 60, 70 e 80 do século passado, experimentaram regimes autoritários instituídos por golpes militares, os quais contaram com o apoio de setores da sociedade civil, particularmente das elites econômicas. Essas ditaduras latino-americanas com o uso do aparato estatal e, inclusive com financiamento privado praticaram graves violações de direitos humanos. Esses regimes foram similares em praticamente tudo: justificativa para o golpe (ameaça comunista), organização de aparato estatal para o uso da violência contra os opositores políticos e as marcas sombrias das atrocidades cometidas. Esses regimes autoritários não foram apenas parecidos, pois chegaram a agir em conjunto para a prática de violações como desvendado pelo conhecimento da denominada Operação Condor.



No trato com esse legado de violações, o bloco de países que foi parecido em tudo na vigência das ditaduras, dissolveu-se. O Brasil, como demonstrado neste capítulo, afrontando o direito internacional de proteção aos direitos humanos não responsabilizou nenhum agente da repressão pelos crimes de lesa humanidade cometidos, ao contrário da Argentina, Chile e Uruguai que em observância ao direito aplicável a estes casos fizeram justiça. São as causas desta impunidade que serão examinadas na sequência.

### **3.4 Justiça de transição e a impunidade no Brasil**

A indagação que a pesquisa busca responder, como mencionado na Introdução, refere-se aos motivos da impunidade dos agentes da repressão da ditadura civil-militar brasileira. Afinal de contas, como demonstrado nos capítulos antecedentes, os demais países do Cone Sul, que experimentaram regimes autoritários similares e cometeram as mesmas violações no mesmo período histórico, promoveram investigações e condenações e o Brasil não?

As Cortes Constitucionais da Argentina, do Chile e do Uruguai enfrentaram exatamente as mesmas matérias jurídicas, no que tange à responsabilização criminal e decidiram pela condenação dos agentes que cometeram crimes. A jurisprudência destes tribunais segue os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual a partir do julgamento do caso *Almonacid Arellano* e outros, definiu que as violações de direitos humanos perpetradas no contexto das ditaduras latino-americanas caracterizam crimes contra a humanidade e, conseqüentemente, são imprescritíveis. Além disso, decidiu que leis de anistia são nulas e por isso, não são capazes de gerarem efeitos jurídicos. Desta forma, os Estados têm obrigação em investigarem e punirem estes crimes.

A situação que resulta deste cenário é que a Justiça brasileira está isolada quanto ao tema da persecução criminal dos agentes da repressão. Isolada perante à jurisprudência da CIDH e dos Tribunais do Cone Sul. E quais os motivos desta jurisprudência divergente?

As Cortes Supremas dos países do Cone Sul, decidiram que as graves violações de direitos humanos caracterizam crimes contra a humanidade, pois perpetradas contra a população civil, através de um ataque organizado e sistemático pelas instituições do Estado. Em razão disso gozam do atributo da

imprescritibilidade. A tipificação destes crimes decorre de normas internacionais internalizadas ao direito nacional por tratados, que compõem um bloco de constitucionalidade. As anistias e especialmente as autoanistias são nulas, conforme precedentes da CIDH, tendo as Cortes Supremas da Argentina, Chile e Uruguai, assim as declarado.

No relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, aprovado em fevereiro de 2021, a Comissão destacou o isolamento do Brasil, quanto ao tema da impunidade e especificamente as anistias refere que o país está se: “isolando o Brasil em relação a demais países da região que revisaram suas leis de anistia e levaram a julgamento os responsáveis por essas violações de direitos humanos.”<sup>510</sup>

A Justiça brasileira, diverge das decisões proferidas pelos sistemas de justiça dos demais países do Cone Sul e da CIDH, quanto à persecução penal dos agentes da repressão. Essa divergência que resulta na impunidade dá-se porque a jurisprudência brasileira: a) não reconhece essas violações como crimes contra a humanidade; b) os tratados não possuem natureza constitucional; c) os crimes estão prescritos; d) a lei de anistia foi recepcionada pela Constituição de 1988, portanto, é válida.

A análise das decisões da Justiça brasileira demonstra que os argumentos que fundamentam as sentenças e que levam à impunidade são de natureza política e expressam a visão ideológica dos julgadores. Os argumentos manejados no âmbito jurídico são débeis. E por esta razão que são complementados com argumentos de ordem política e social, reveladores dos verdadeiros motivos de decidir. Estas razões, contudo, escapam a ordem jurídico constitucional e enveredam para o subjetivismo das posições ideológicas individuais.

No caso da anistia, a recepção da lei pela Constituição de 1988 foi declarada recepcionada na decisão proferida na ADPF 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. No relatório da CIDH, são apontadas as causas que impedem as condenações dos agentes da repressão nas ações penais: a prescrição e a anistia; “diversas organizações da sociedade civil indicam que os magistrados têm

---

<sup>510</sup> SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021. p.132.

recorrido frequentemente a figuras como a prescrição e a Lei de Anistia – Lei nº 6.683/79 – para rejeitar as denúncias ou interromper o curso das ações judiciais.”<sup>511</sup>

No entanto, ao examinar os argumentos utilizados para a decisão prolatada na ADPF nº 153, constata-se que são eminentemente de natureza política-ideológica. Caso a matéria tivesse sido apreciada unicamente sob o ponto de vista jurídico, a invalidade da lei ficaria clara, seja pela contrariedade as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja pela não abrangência da anistia aos agentes da repressão, seja por fim, por sua incompatibilidade com a Carte de 1988.

Um argumento recorrente usado na fundamentação da decisão reside na afirmação de que a anistia foi um acordo entre o regime e a oposição. Esse acordo era indispensável para a reconciliação nacional. A ministra Ellen Gracie usa esse argumento mencionando em seu voto que não se faz transição para a democracia sem concessões recíprocas:

Por incômodo que seja reconhecê-lo hoje, quando vivemos outro e mais virtuoso momento histórico, a anistia inclusive daqueles que cometeram crimes nos porões da ditadura, foi o preço que a sociedade brasileira pagou para acelerar o processo acífico de redemocratização.<sup>512</sup>

É verdade que a matéria sob julgamento encerra conteúdo de matiz política, a qual forçosamente levará o julgador a apreciar tais questões. Contudo essa motivação não pode prevalecer sobre a juridicidade, sob pena de comprometer a integridade do Direito como teoriza Dworkin<sup>513</sup> e abre margem para a insegurança. Neste tipo de argumentação há ainda outro risco, expresso na interpretação equivocada da história e da política.

A edição da lei de anistia não resultou do ato final de um suposto acordo bilateral, composto de concessões recíprocas, na medida em que a outra parte, a oposição, não detinha poder e capital político para ceder ou impor condições. A anistia, dada no contexto de esgotamento do regime autoritário, foi controlada pela ditadura. Nem mesmo o fato de ter sido aprovada pelo Poder Legislativo, confere

---

<sup>511</sup> SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021. p.132-p.150.

<sup>512</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960)>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>513</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

alguma legitimidade ao texto, visto que o Congresso naquele momento estava desfigurado diante do controle do regime, mediante regras casuísticas e mecanismos autoritários e antidemocráticos como os senadores biônicos, por exemplo.<sup>514</sup> Não se pode conceber, portanto, que houve um acordo bilateral entre os militares que desejavam entregar o poder mediante garantias de que não seriam punidos, por um lado e a oposição controlada pelo regime, por outro.

O Ministro relator Eros Grau, da mesma forma, exalta o suposto acordo para a anistia: “Toda a gente que conhece nossa História sabe que esse acordo político existiu, resultando na Lei nº 6.683/79.” E para justificar esse fato incontestado, o julgador menciona a mobilização da sociedade civil organizada em favor da anistia, como a OAB e a CNBB, para dizer que não se reconhecer este acordo, seria o mesmo que desconsiderar aqueles que lutaram com coragem:

Reduzir a nada essa luta, inclusive nas ruas, as passeatas reprimidas duramente pelas Polícias Militares, os comícios e atos públicos, reduzir a nada esta luta é tripudiar sobre os que com desassombro e coragem lutaram pela anistia, marco do fim do regime de exceção.<sup>515</sup>

A mobilização da sociedade civil organizada, não visava evidentemente à anistia dos torturadores. A reivindicação pela anistia era dirigida aos perseguidos políticos e a extensão aos agentes da repressão decorre de imposição do regime. Não houve acordo, tampouco se pode usar a luta pela anistia, para equipar lados opostos.

Na sequência de seu voto, o Ministro relator parece querer justificar sua posição, lançando mão de teoria jurídica aparentemente sofisticada, as leis-medida:

As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material.<sup>516</sup>

---

<sup>514</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006.

<sup>515</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juizes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>516</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juizes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril

Entretanto, a consequência importante da caracterização da lei de anistia como lei-medida é que a interpretação destas leis dá-se de modo diverso das leis abstratas e gerais. As leis dotadas de generalidade e abstração, são interpretadas levando em conta a “realidade e seus conflitos”. No caso das leis-medida não: “pois o que se impõe deixarmos bem vincado é a inarredável necessidade de, no caso de lei-medida, interpretar-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual.”<sup>517</sup>

A adoção desta teoria pretendeu sedimentar a anistia no momento de sua edição, em 1979, tornando-a imutável. Trata-se de uso inadequado de teoria, no intuito de conferir legitimidade jurídica à decisão. As anistias não são normas perenes insuscetíveis de revisão, pelo contrário, em muitos casos, foram revisadas, como demonstram os exemplos da Argentina, Chile e Uruguai.

Esse argumento é útil para encobrir a autoanistia promovida pelos militares, pois a interpretação da lei deve ater-se tão somente ao tempo de sua edição. E na edição da lei o Governo incluiu no texto legal a abrangência da anistia aos crimes conexos, os quais compreendiam os crimes cometidos pelos agentes da repressão. Desta forma, por ser uma lei medida, a autoanistia não pode ser revista.

A exigência governamental de equipar situações completamente díspares – aqueles que contestaram o regime de exceção no exercício do direito de resistência e os agentes civis e militares que cometeram graves violações de direitos humanos – e, por isso resultar em autoanistia, foi mencionada pelo Ministro Relator, quando trouxe o parecer do Presidente da OAB, na época o qual textualmente diz que havia um ponto inegociável pelo Governo:

o § 1º do art. 1º, que, definindo, com amplitude heterodoxa, crimes conexos aos crimes políticos, tinha o sentido indisfarçável de fazer compreender no alcance da anistia, os delitos de qualquer natureza cometidos nos ‘porões do regime’, como então se dizia, pelos agentes civis e militares da repressão.<sup>518</sup>

---

de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>517</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>518</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril

A impunidade dos agentes civis e militares da repressão decorre desta “amplitude heterodoxa”, que equiparou os crimes políticos aos cometidos pela ditadura civil-militar. E segundo o voto condutor do julgamento:

Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistia. A ele não incumbe legislar ao apreciar ADPFs, senão apurar, em casos tais, a compatibilidade entre textos normativos pré-constitucionais e constitucionais.<sup>519</sup>

A questão não envolve a alteração de textos normativos, mas da sua não recepção pela nova ordem constitucional, por afrontar a Constituição e ainda a jurisprudência dos Tribunais internacionais.

Para o Relator, compete ao Poder Legislativo revisar leis de anistia: “Revisões de leis de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá ou não de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário”.<sup>520</sup> É curioso que para reforçar o entendimento de que cabe ao Parlamento eventuais mudanças nas leis de anistia e não ao Poder Judiciário, tenha o voto usado os exemplos de direito comparado dos países do Cone Sul, justamente os que esse trabalho utiliza para comprovar o contrário.

Segundo o Ministro Relator, na Argentina, Chile e Uruguai as leis de anistias foram revistas pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário. No caso do Uruguai o Ministro reconhece que próximo da data do plebiscito sobre a anistia: “a Suprema Corte de Justiça, apreciando denúncia referente à morte de uma militante comunista detida em uma unidade militar em junho de 1974, afirmou a inconstitucionalidade dessa mesma “Ley de la Caducidad de la Pretensión Punitiva de Estado.”<sup>521</sup> No entanto, o julgador simplesmente não considera essa decisão

---

de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020

<sup>519</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>520</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>521</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril

porque dias depois o povo uruguaio referendou a lei de anistia. Apesar do referendo não amparar a tese de que cabe ao Poder Legislativo revisar anistias, o fato é que posteriormente a Suprema Corte uruguaia na decisão do Caso Gelman<sup>522</sup> assentou com base na teoria de Ferrajoli que a anistia não pode ter validade mediante consulta a população, eis que não se pode violar direitos fundamentais, através de procedimentos democráticos.

Quanto ao caso do Chile, o voto do Relator, menciona que a Suprema Corte chilena em 2007,

considerou não suscetíveis de anistia e imprescritíveis os crimes cometidos contra o desaparecido político José Matías Ñanco, fazendo-o com esteio em normas de direito internacional., sob o argumento de que se tratava de crimes de lesa-humanidade.<sup>523</sup>

No entanto, essa decisão é desqualificada porque no ano seguinte a Corte Suprema altera a orientação e reconhece a prescrição do crime. No caso do Chile, apesar do próprio Relator ter mencionado decisão que declarou a inconstitucionalidade da lei de anistia, o sistema de justiça chileno continuou a investigar e punir dezenas de agentes da repressão, inclusive o General Pinochet.

O Relator, ao mencionar o caso da Argentina, refere que Corte Suprema, limitou-se a aplicar leis de revisão aprovadas pelo Parlamento. Contudo, na verdade, a Suprema Corte da Argentina não se limitou a aplicar leis de revisão da anistia, mas declarou a inconstitucionalidade de leis desta natureza, como por exemplo, no julgamento realizado em 2005, no conhecido caso Simon, onde a sentença afirma que: “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado parte en la Convención constituye per se una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado.”<sup>524</sup>.

---

de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>522</sup> CORTE interamericana de derechos humanos: caso Gelman vs. Uruguay. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

<sup>523</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>524</sup> ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII**. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

O voto do Ministro Relator, ao tentar justificar que compete exclusivamente ao Poder Legislativo a revisão de leis de anistia, traz o exemplo dos demais países do Cone Sul, justamente os que compõem o presente estudo, traz exemplos que comprovam o contrário, pois nestes países as Cortes Supremas declararam inconstitucionais as leis de anistia, com fundamento nas normas de Direito Internacional, qualificando as violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes autoritários, como crimes contra a humanidade, portanto, imprescritíveis.

A Ministra Carmen Lúcia, na mesma linha de argumentação, evocou o suposto acordo em torno da anistia, conciliação social que teria anistiado os agentes da repressão que cometeram graves violações de direitos humanos: “Chegou-se a um acordo que permitiu uma transição institucional. Buscou-se ali uma pacificação no sentido de transpor-se uma etapa para se chegar à paz social.”<sup>525</sup> Esse argumento recorrente da pacificação social, na verdade, encobre a exigência dos militares pela impunidade. A anistia para os agentes da repressão não decorreu de um acordo nacional, mas foi o possível naquele momento. Para reforçar seu argumento, no sentido de que a anistia brasileira foi um acordo nacional, a Ministra afirma que:

o que se conheceu como processo de transição política, pelo qual a sociedade civil, representada pelas entidades de importância e legitimidade reconhecidas, como o Conselho Federal da OAB, fez concessões de monta e com consequências gravíssimas, como a que se contém no § 1º do art. 1º da Lei n. 6683/79, para chegar a uma outra fase política.<sup>526</sup>

O voto do Ministro decano do Tribunal, Celso de Mello, do mesmo modo, considera que a anistia brasileira decorreu de forma bilateral e acordada, mediante concessões recíprocas daqueles que: “protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, por efeito da bilateralidade do

---

<sup>525</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>526</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.



benefício concedido pela Lei nº 6683/79, a construção do necessário consenso.”<sup>527</sup>  
Da mesma forma o Ministro Cesar Peluso, endossa a tese de acordo:

Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo, e dos quais, só para lembrar caso que me parece mais exemplar o consumado na África do Sul.<sup>528</sup>

A leitura da anistia como fruto de um consenso entre os setores envolvidos é uma visão descolada da realidade política da época. A ditadura civil-militar foi um regime de exceção, que fechou o Congresso, suspendeu as garantias individuais e montou um aparato institucional para o uso da violência contra os opositores. O aludido consenso reiteradamente exaltado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 153, desconsidera as condições objetivas do momento e a natureza do regime de exceção. A aparente legalidade democrática engendrada pelos militares não desnatura a essência autoritária do regime, o qual controlava o parlamento. E, afinal, a anistia para os torturadores sequer poderia ser objeto de acordo, dado que tais crimes de\_lesa-humanidade agridem a consciência universal e violam as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De fato, não há como se conceber o propalado consenso e a consequente bilateralidade da anistia brasileira. Como refere Silva Filho e Castro: “é preciso lembrar a disparidade de forças existente durante o regime de exceção, que inviabiliza a compreensão de que houve um ‘acordo’. O pressuposto básico de um acordo – que é a existência de partes minimamente equiparadas - não existiu.”<sup>529</sup>

Glenda Mezarobba<sup>530</sup>, narra de forma minuciosa a luta da sociedade civil organizada pela anistia ampla, geral e irrestrita. Contudo, a oposição evidentemente

---

<sup>527</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>528</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 05 nov. 2020.

<sup>529</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de Transição e Poder Judiciário Brasileiro a Barreira da Lei de Anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. In: TOSI, Giuseppe [et al.] (Org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p.140.

<sup>530</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.37-60.

não postulava anistia para torturadores. A inclusão da expressão crimes conexos aos crimes políticos foi incluída pelo Governo, que buscava garantir a impunidade através de uma verdadeira autoanistia. A OAB de São Paulo, por exemplo, sugeriu a parlamentares que fosse proposta emenda no sentido de evitar-se que violadores de direitos humanos fossem beneficiados pela anistia. Segundo Mezarobba, o deputado Pacheco Alves do MDB de São Paulo apresentou emenda excluindo os torturadores do benefício, o qual justificou a proposição assim:

O projeto está, cabe ressaltar, eivado de grave contradição: anistiam-se o homicídio, o constrangimento ilegal, em suma a violência cometida em nome do Estado e praticada nos gabinetes de tortura, sob o manto da impunidade garantida pelo regime de exceção.<sup>531</sup>

O argumento da anistia bilateral e negociada, usado pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 153, é uma narrativa construída de forma dissociada do que de fato ocorreu. Por um lado, possuiu um componente estritamente político e por outro acaba por abraçar a versão falsa da história que serve aos interesses daqueles que cometeram graves violações de direitos humanos em nome do Estado brasileiro.

Esse entendimento, no sentido da anistia negociada e bilateral, teve desdobramento importante no caso do voto do Ministro Celso de Mello. A consequência da bilateralidade da anistia é que por não ser uma autoanistia não estaria vedada pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual segundo o julgador proíbe apenas as autoanistias. Afirma o Ministro que reconhece os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que proíbem a concessão de anistia nestes casos diante da:

absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente a agentes estatais, as denominadas 'leis de anistia'.<sup>532</sup>

Embora reconheça que os tratados internacionais firmados pelo Brasil não tolerem o esquecimento penal para agentes estatais que cometeram violações de direitos humanos, o Ministro afirma que esses precedentes da CIDH não se aplicam

---

<sup>531</sup> MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. p.44.

<sup>532</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 03 abr. 2021.

ao caso: “exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de anistia, o que torna inconsistente, para fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.”<sup>533</sup>

Como já demonstrado, esse argumento distorce o que de fato ocorreu, não se podendo dizer que por incluir os torturadores a anistia brasileira não caracteriza a autoanistia vedada pelos tratados internacionais ratificados pelo país. A leitura feita pelos Ministros, idealizando a concessão acordada e bilateral da anistia, pois nas palavras de Celso de Mello, as circunstâncias históricas e políticas no Brasil foram distintas das verificadas na Argentina, no Chile e no Uruguai, pois houve: “o consenso efetivo e a participação ativa da sociedade civil e da Oposição militante, a discussão, a elaboração e a edição da Lei de Anistia”<sup>534</sup>, revelam um argumento ideológico que distorce a história para justificar a versão do regime autoritário.

No entanto, depois do julgamento da ADPF nº 153, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença no Caso Gomes Lund, em que essa argumentação perdeu sentido na medida em que a decisão da CIDH expressamente consignou que a Lei de Anistia brasileira viola a Convenção Americana de Direitos Humanos: “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos.”<sup>535</sup>

A OAB, com base na decisão da CIDH no caso Gomes Lund, interpôs embargos declaratórios no ano de 2011 e até o momento pende de julgamento. De todo modo, a sentença do caso da Guerrilha do Araguaia esvazia o argumento de que a jurisprudência anterior da CIDH não se aplicava à anistia brasileira. O teor do julgamento do Caso Gomes Lund, que expressamente declara que anistia brasileira não é válida, não podendo por isso gerar qualquer efeito jurídico e, conseqüentemente, impõe ao Brasil o dever de promover a persecução criminal dos

---

<sup>533</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 03 abr. 2021

<sup>534</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>535</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

agentes da repressão, não deixa margem para que o Supremo Tribunal Federal mantenha a decisão que valida a Lei de Anistia, sob pena de permanecer em flagrante descumprimento às obrigações internacionais. Considerando que este julgamento tem sido o principal motivo para a impunidade no país, o acolhimento dos embargos declaratórios pode demarcar um ponto de inflexão em direção ao fim da impunidade e adesão as razões jurídicas que devem prevalecer na matéria.

Entretanto, para a mudança da jurisprudência do STF, relativamente a persecução criminal dos agentes da repressão, outro obstáculo deve ser superado, qual seja: a prescrição. Para isso é necessário que se reconheça que as violações de direitos humanos ocorridas durante o regime autoritário sejam tipificadas como crimes contra a humanidade, pois este crime internacional é imprescritível.

No voto do Ministro Celso de Mello, as violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar estão prescritas. Esse entendimento tem como justificativa o postulado da reserva constitucional, expresso em matéria penal na exigência de prévia lei nacional em sentido formal, pois:

somente lei interna e não convenção internacional, (muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se constitucionalmente, como a única fonte forma direta, legitimadora da regulação concernente à prescritibilidade ou imprescritibilidade.<sup>536</sup>

A imprescritibilidade surge com a conceituação dos crimes de lesa humanidade, no contexto do período pós-Segunda Guerra Mundial e os julgamentos de Nuremberg. Trata-se de norma internacional, “jus cogens”, a qual evidentemente não diz respeito aos interesses domésticos e a persecução penal de crimes comuns. Segundo Silva Filho: “A lupa pela qual os crimes contra a humanidade devem ser vistos não é a lupa do Direito nacional ou do Direito Penal, ambos voltados aos crimes comuns, mas sim a do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.<sup>537</sup>

O fato de o Brasil não ter firmado a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, circunstância reiteradamente citada pelos Ministros no julgamento da ADPF 153, não afasta o atributo da imprescritibilidade, pois:

<sup>536</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juízes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 03 abr. 2021.

<sup>537</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.108.

A compreensão firmada na jurisprudência e nos documentos internacionais, seja da ONU ou da OEA, é de que a Convenção de 1968 apenas reconheceu algo que já existia como norma assentada no Direito Internacional, pelo menos desde Nuremberg.<sup>538</sup>

O que se denota na jurisprudência relativa à persecução criminal dos agentes da ditadura civil-militar brasileira é o desprezo e o afastamento da aplicação das normas internacionais, a qual não é embasada em argumentos jurídicos consistentes e sim em motivação ideológica de alinhamento à narrativa da conciliação nacional e da anistia acordada, que resulta na impunidade dos agentes da repressão.

Um exemplo da jurisprudência incongruente do Supremo Tribunal Federal na aplicação das normas internacionais e no controle de convencionalidade é a questão da internalização dos tratados internacionais. As Cortes Supremas da Argentina, do Chile e do Uruguai, quanto às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, consideram que estas regras constantes de tratados internacionais possuem natureza constitucional e integram um bloco de constitucionalidade sobre o tema. Desta forma, estes sistemas de justiça, consideram que as violações de direitos humanos configuram crimes contra a humanidade, por isso imprescritíveis e as leis de anistia são nulas.

A rigor, diante da previsão expressa contida no parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição Federal, como Cançado Trindade e Flávia Piovesan, afirmam que os tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos possuem natureza materialmente constitucional.<sup>539</sup>

---

<sup>538</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justicialista: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.108.

<sup>539</sup> Cançado Trindade, afirma que: “É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venha a se projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991. p.631).

Flávia Piovesan por sua vez, escreve sobre a natureza constitucional dos direitos previstos em tratados, que: “Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.” A autora acrescenta: “Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto no texto constitucional.” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004. p.76-78).

Segundo Piovesan<sup>540</sup>, relativamente aos tratados em geral, há quatro correntes de pensamento acerca da natureza das normas internacionais previstas em tratados e convenções: “a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal; d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.” Para a autora, a ordem jurídica brasileira adotou um sistema diferenciado para os tratados de direitos humanos, os quais possuem natureza constitucional e aplicação imediata (concepção monista), ao passo que os tratados em geral, a incorporação das normas não é automática (concepção dualista), pois dependente da edição de decreto baixado pelo Poder Executivo, sendo que tais normas possuem natureza infraconstitucional, nos termos do artigo 102, “b”, da Constituição Federal.

A sistemática adotada pela Constituição brasileira, como pontua Piovesan, é um regime jurídico misto, que combina regimes jurídicos distintos:

um aplicável aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos e outro aos tratados em geral. Enquanto os tratados internacionais de direitos humanos apresentam hierarquia constitucional e aplicação imediata (por força do art. 5º, parágrafos 1º e 2º, da Carta de 1988), os tratados tradicionais apresentam hierarquia infraconstitucional.<sup>541</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, contudo, notadamente em julgamentos relativos à aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não reconhece a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>542</sup>, como demonstra o julgamento do recurso

---

<sup>540</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004. p.105.

<sup>541</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004. p.105.

<sup>542</sup> Apesar da maioria dos ministros do STF, considerarem os tratados internacionais de direitos humanos com status normativo de supra legalidade, o Ministro Celso de Mello atribui natureza constitucional aos tratados, como no julgamento de habeas corpus nº 91361 (julgado em 2008), também relativo a questão da prisão do depositário infiel, destacando-se da ementa o seguinte: “Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegal idade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direito humanos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.361-0 – SP**. Pacte.: Renato Dias da Silva; ImptE.: Carlos Augusto Stockler Pinto Bastos e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 setembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em 16 ago. 2020).

extraordinário nº 349703, julgado em 2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.<sup>543</sup>

Entretanto, quando o Supremo Tribunal Federal apreciou a aplicação de tratados internacionais que não digam respeito ao tema da responsabilização criminal dos agentes da repressão, o Tribunal aplica as normas internacionais. Nos julgamentos que envolveram a prisão do depositário infiel ou nos casos de direitos da pessoas com deficiência, por exemplo, a Corte Suprema ratifica a prevalência dos tratados de direitos humanos sobre a legislação infraconstitucional, conforme demonstram as decisões proferidas no RE 349.703 e no julgamento do RMS 32732, no qual é ressaltado que a Convenção da ONU, sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), foi internalizada com hierarquia constitucional, legitimando o Estado para a instituição de mecanismos compensatórios.<sup>544</sup> Essa divergência nos julgados do Supremo Tribunal Federal, quando presente a aplicação de normas de tratados de direitos humanos, é destacada por Silva Filho e Castro, pois quando se trata de:

responsabilização penal de agentes públicos que cometeram crimes durante o período das ditaduras militares na América Latina, o posicionamento do Tribunal se altera e os tratados, as convenções e as normas internacionais não são aplicadas.<sup>545</sup>

---

<sup>543</sup> A ementa da decisão é a seguinte: PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITO HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1 - RS**. Recte: Banco itaú s/a; Recdo: Armando Luiz Segabinazzi. Relator): Min. Carlos Britto. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em 16 ago. 2020).

<sup>544</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 32.732 - DF**. Agte.: união; Agdo.: Lais Pinheiro de Menezes. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 03 de junho de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>>. Acesso em 12 set. 2020.

<sup>545</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de Transição e Poder Judiciário Brasileiro a Barreira da Lei de Anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. In: TOSI, Giuseppe [et al.] (Org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014. p.143.

No julgamento da extradição de Salvador Siciliano, acusado de participação na organização paramilitar “Triple”, requerida pela Argentina, essa divergência na aplicação das normas internacionais ficou evidenciada. Neste julgamento não se reconheceu a ocorrência de crimes contra a humanidade e, conseqüentemente, a imprescritibilidade, apesar do voto vencido do Ministro Edson Fachin, que deferiu o pedido, ter alertado que o indeferimento da extradição transformaria o país: “em um paraíso para criminosos internacionais”, além de violar: “frontalmente, o artigo 27 da Convenção de Viena, que não autoriza a invocação de disposições do direito interno para inadimplir um tratado.”<sup>546</sup>

A ambigüidade do Supremo Tribunal Federal, nas decisões que envolvem a aplicação de tratados internacionais<sup>547</sup>, revela mais um aspecto em que a juridicidade cede frente a concepções ideológicas. O que importa no momento é sublinhar que toda a argumentação eminentemente de natureza ideológica que forjou a jurisprudência que impediu a persecução criminal dos agentes da repressão, depois dos julgamentos dos casos Gomes Lund e Herzog pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta esvaziada, devendo por isso ser revista, sob pena do Brasil permanecer descumprimento obrigações internacionais. Além disso, ficaria isolado no Cone Sul e acabaria transformando-se, como disse o Ministro Fachin, em um paraíso para os que cometeram crimes contra a humanidade.

As citadas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos tornaram incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro a lei de anistia, diante do controle de convencionalidade que deve ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal. As decisões da CIDH declararam a impossibilidade das leis de anistia e autoanistia excluïrem o dever de persecução criminal de violações de direitos

---

<sup>546</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>547</sup> Com relação a persecução criminal dos agentes da repressão, pode-se citar os seguintes instrumentos: Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2.184 (Assembleia Geral da ONU, 1966); f) Resolução 2.202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2.338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2.712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2.840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3.074 da Assembleia Geral da ONU, 1973); l) Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade, que incidiria como norma costumeira no caso brasileiro.



humanos. Por outro lado, referidas decisões da CIDH, declaram que as violações de direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar caracterizam crimes contra a humanidade, pois cometidas de forma organizada e sistemática pelo aparato estatal contra a população civil.

A matéria da persecução criminal dos agentes da repressão apreciada sob o escrutínio do direito e das Cortes nacional e internacional resulta na mudança da jurisprudência do STF, no sentido de não reconhecer a recepção da lei de anistia pela nova ordem constitucional, possibilitando com isso a responsabilização dos agentes da repressão. Esse movimento indispensável para a concretização da justiça de transição no Brasil, pode ser dado no julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela OAB, na ADPF 153.

A validação da lei de anistia pelo STF vem justificando as decisões das instâncias inferiores, as quais em muitos casos, da mesma forma, utilizam argumentos de natureza política-ideológica explícita, como ocorreu no julgamento da apelação cível nº 5000493-21.2020.4.03.6126<sup>548</sup>, que tramita perante a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual foi decidido que militante de esquerda que fez oposição ao regime autoritário cometeu crime contra a segurança nacional.

O relator do recurso, Luís Antônio Johansom Di Salvo, afirmou que o opositor do regime de exceção: “era líder de movimento esquerdista na fábrica da

---

<sup>548</sup> A ementa da decisão é a seguinte: RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO – PRETENDIDA INDENIZAÇÃO (REIVINDICADA PELA VIÚVA E FILHOS) PELA INVESTIGAÇÃO, PRISÃO, PROCESSO E CONDENAÇÃO JUDICIAL PERANTE A JUSTIÇA MILITAR, DEFERRAMENTEIRO DEDICADO A MOVIMENTO SUBVERSIVO QUE INTENTAVA IMPLANTAR MOVIMENTO PELA EMANCIPAÇÃO DA DITADURA DO PROLETARIADO NO BRASIL (PROLETARIADO, POLOP E PCB) APÓS O MOVIMENTO MILITAR DE 1964, VIOLANDO A LEGISLAÇÃO VIGENTE INCLUSIVE ACEITANDO A “VIA ARMADA”- DESCABIMENTO NA ESPÉCIE, AINDA MAIS PORQUE NÃO HÁ QUALQUER PROVA DE QUE O MESMO FOI SUBMETIDO A TORTURAS - INDENIZAÇÃO PAGA ADMINISTRATIVAMENTE APÓS DECISÃO DA COMISSÃO DA ANISTIA QUE NÃO VINCULA O JUDICIÁRIO A CONCEDER INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO “DANO MORAL - NÃO É MERECEDOR DESSA INDENIZAÇÃO AQUELA QUE, VOLUNTARIAMENTE, É SUBMETIDO ÀS LEIS DO ESTADO ENTÃO VIGENTES POR CONTA DE ATOS DE SUBVERSÃO DA ORDEM, INEXISTINDO QUALQUER PROVA DE (TORTURAS) QUE ENSEJASSE O DANO “IN RE IPSA” -FATO PERSEGUIÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO QUE NÃO GERA RESPONSABILIDADE DO ESTADO - SENTENÇA INTEGRALMENTE REFORMADA EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA QUE É IMPERIOSA NA ESPÉCIE. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível N. 5000493-21.2020.4.03.6126**. Apelante: Livonete Aparecida Torini; Apelado: União Federal. Relator: Gab. 21 - Des. Fed. Johansom Di Salvo. São Paulo, 05 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/quem-combateu-ditadura-assumiu-risco.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021).

Volkswagen e pretendia subverter o regime vigente a partir de 1º de abril de 1964 e substituí-lo por um governo comunista.”<sup>549</sup>

E a mudança de entendimento da Suprema Corte, mediante o acatamento das teses jurídicas acerca da persecução criminal dos agentes da repressão, torna-se mais importante neste momento de desmantelamento dos órgãos encarregados de promoverem as reparações aos atingidos por atos da ditadura civil-militar. Se o Brasil é o único país do bloco do Cone Sul que não condenou nenhum agente da repressão, na atualidade vem retrocedendo nos campos da memória e das reparações às vítimas do regime autoritário. No aspecto da memória, o revisionismo está em curso e conforme apontado no Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, divulgado em fevereiro de 2021, as reparações as vítimas e seus familiares estão sendo negadas. No Relatório, a Comissão menciona que em fevereiro de 2020 foi informada que a Comissão de Anistia rejeitou 307 pedidos de reparação de camponeses que foram perseguidos politicamente pelo Estado brasileiro nas ações empreendidas na repressão a Guerrilha do Araguaia.<sup>550</sup>

O fato grave e preocupante nestes indeferimentos é o motivo da recusa, pois a Comissão de Anistia afirmou que os atos do Estado brasileiro na perseguição aos militantes integrante da Guerrilha do Araguaia não configurariam perseguição política, tampouco que houve detenções arbitrárias, assassinatos e desaparecimentos forçados, mas sim a defesa do Estado e da sociedade. Em razão disso, a Comissão observa: “que esta decisão se insere num contexto de repetidas manifestações de autoridades e instituições públicas justificando ou negando as violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura civil-militar.”<sup>551</sup>

Neste sentido, a Comissão reforça o dever do Brasil não só em não retroceder nos pilares da justiça de transição, mas também em avançar na questão da responsabilização dos autores e perpetradores de violações de direitos humanos:

---

<sup>549</sup> RODAS, Sérgio. Quem combateu a ditadura assumiu o risco de ser perseguido, diz TRF-3. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/quem-combateu-ditadura-assumiu-risco-perseguido>>. Acesso em: 14 abr. 2021

<sup>550</sup> SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

<sup>551</sup> SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021

“Com base no trabalho realizado pela CNV, é necessário que o Estado brasileiro avance na área de responsabilização desses atos.”<sup>552</sup>

---

<sup>552</sup> SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

## 4 CONCLUSÃO

Os regimes autoritários dos países do Cone Sul, nas décadas de 60 e 70, do século passado, caracterizaram estados de exceção. A caracterização da exceção, nos marcos da teoria de Agamben, pode ser demonstrada pela presença dos seguintes elementos principais: a) concentração de poderes no Poder Executivo e a consequente indistinção entre os poderes executivo, legislativo e judiciário; b) a suspensão dos direitos e garantias individuais.

A exceção remonta ao instituto do direito romano, “*iustitium*”, que significava a suspensão do direito, em momentos de tumultos. O instituto da exceção foi absorvido pelas democracias ocidentais, com o objetivo de resolução de momentos de crise, originados de ameaças externas ou internas, ou seja, a ocorrência de uma emergência que cria um estado de necessidade.

A suspensão do direito, na exceção, exterioriza uma situação jurídica paradoxal, pois: “apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.”<sup>553</sup> O estado de exceção, portanto, constituiu uma zona de anomia. O estado de necessidade que justifica a decretação da exceção é espaço sem direito: “O estado de exceção não é uma ditadura, mas um espaço vazio de direito, uma zona de anomia em que todas as determinações jurídicas – e, antes de tudo, a própria distinção entre público e privado estão desativadas.”<sup>554</sup>

A exceção pode ter origem em mecanismos previstos nas constituições democráticas ou através da violência, como são exemplos os regimes autoritários instituídos por golpes civis-militares na América Latina. A exceção, instituída reiteradamente na Alemanha, na vigência da constituição de Weimar, segundo Agamben, foi uma espécie de laboratório para a ascensão do regime de exceção do nazifascismo. Ferrajoli acrescenta que o nazismo conquistou o poder democraticamente e depois entregaram a um líder que suprimiu a democracia.<sup>555</sup>

O regime de exceção, portanto, poderá transmudar-se para regimes autoritários (ditaduras) ou estados totalitários. Os regimes autoritários dos países do Cone Sul assumiram a forma de ditaduras civis-militares.

---

<sup>553</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.12.

<sup>554</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.78-79.

<sup>555</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Editorial Trotta: Madri, 2010. p.79.

As ditaduras latino-americanas foram instituídas pela violência, pela força de golpes militares. O estado de necessidade para a institucionalização de Estados de Exceção, nos países do Cone Sul, foi justificado através da doutrina da segurança nacional. A emergência externa e interna era representada pela ameaça comunista, pela possibilidade de subversões de orientação marxista, a exemplo da Revolução cubana de 1959. Segundo Miguel Rojas Mix, a doutrina da segurança nacional, considera a política como um conflito global, como uma guerra total de enfrentamento entre dois blocos: o Ocidente contra o bloco socialista. A concepção da doutrina de guerra, de acordo com este autor: “Se inspira essencialmente en la guerra contrarrevolucionaria y sus fuentes son las teorías de la OAS francesa em Argelia y de la counterinsurgency em los EEUU, que es la lucha contra la revolución.”<sup>556</sup>

O estado de necessidade, enquanto situação necessária para a decretação da exceção, pode ser classificado como um ordenamento jurídico originário, instaurado pela força, como no caso das ditaduras civis-militares latino-americanas ou como a instauração de uma situação de fato, decretada dentro das regras constitucionais vigentes. Segundo Agamben, o estado de necessidade da mesma forma que os processos revolucionário apresenta-se como: “como uma medida ‘ilegal’, mas perfeitamente ‘jurídica e constitucional’, que se concretiza na criação de novas normas - ou de uma nova ordem jurídica.”<sup>557</sup>

Os Estados de Exceção, que se transmudaram para ditaduras, como nos regimes latino-americanos, ou em Estados Totalitários como no caso do nazifascismo na Alemanha e na Itália, prescindem da violência para manutenção do poder e funcionamento do regime. Nas ditaduras militares do Cone Sul, houve violações permanentes dos direitos humanos praticadas contra os opositores políticos na denominada “guerra suja”. No Estado totalitário nazista, a violação dos direitos humanos atingiu a essência do humano, destruindo a própria humanidade do ser com a instituição dos campos de concentração, nos quais o horror, como diz Arendt, “não pode ser inteiramente alcançado pela imaginação justamente por situar-se fora da vida e da morte”.<sup>558</sup> Segundo Arendt, o objetivo do totalitarismo é “a

---

<sup>556</sup> MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile y America Latina. In: WASSERMAN, Claudia; GUAZELLI, Cesar Augusto Barcellos. (Orgs.). **Ditaduras Militares na América Latina**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006. p.14.

<sup>557</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.14.

<sup>558</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.344.

dominação permanente de todos os indivíduos em toda e qualquer esfera da vida.”<sup>559</sup> Agamben, demonstra essa possibilidade ao dizer como acima citado que na exceção: “a distinção entre público e privado estão desativadas”. Entretanto, não existe um fim político para o movimento totalitário, pois “o fim prático do movimento é amoldar à sua estrutura o maior número de pessoas, acioná-las e mantê-las em ação; um objetivo político que constitua a finalidade do movimento totalitário simplesmente não existe.”<sup>560</sup>

A exceção também pode assumir uma forma permanente de violação de direitos, vigendo simultaneamente com o Estado democrático. Essa forma de exceção foi denominada por Agamben, de totalitarismo moderno. As agressões do terrorismo fundamentalista, como o ataque as torres gêmeas, propiciou a edição de leis de exceção como a USA Patriot Act, depois substituída pela USA Freedom Act. O totalitarismo moderno, segundo Agamben, é a instauração por meio da execução de uma: “guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.”<sup>561</sup>

Ferrajoli denomina essas leis excepcionais de “terrorismo penal” e menciona como algumas de suas características a proibição de concessão de *habeas corpus* para cidadãos não americanos e ainda: “las privaciones de libertad por tiempo ilimitado sin acusación formal, la supresión de las garantías procesales, el establecimiento de tribunales militares especiales, la quiebra de todas las garantías.”<sup>562</sup>

Os Estados de Exceção, como as ditaduras latino-americanas do Cone Sul, para o seu funcionamento dependem do uso da violência política. Há, portanto, uma relação de interdependência entre exceção e violência. Em razão disso, estes países institucionalizaram um aparato estatal de repressão para uso da violência, contra os opositores do regime.

A institucionalização desse aparato repressivo estatal para o cometimento de violações de direitos humanos caracteriza o que se denominou como: “terrorismo de Estado”. O terrorismo de Estado é mais propenso a ocorrer em regimes autoritários, sendo que a violência tende a alargar-se, “atingindo um espectro cada vez mais

---

<sup>559</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.456.

<sup>560</sup> ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p.456.

<sup>561</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. p.14.

<sup>562</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Editorial Trotta: Madri, 2010. p.237.

amplo da população, com uma evidente militarização das relações sociais, segundo a qual todos são suspeitos até prova em contrário.”<sup>563</sup>

No Brasil, esse aparato estatal operacionalizou-se com o uso das estruturas estatais das forças de segurança como a Polícia Civil e as Forças Armadas, mediante a criação, por exemplo, do DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna) e os DOPS (Departamentos de Ordem Política e Social).

A organização pelo Estado de um aparato repressivo para perpetrar graves violações de direitos humanos, como torturas, sequestros, assassinatos, estupros e desaparecimentos forçados, criou um sistema de justiça penal paralelo, subterrâneo. Segundo Zaffaroni, as ditaduras latino-americanas instituíram um sistema penal paralelo que: “procedía a la eliminación directa por muerte y desaparición forzada, sin proceso legal alguno.”<sup>564</sup>

A ditadura civil-militar brasileira implantou os sistemas penais classificados por Zaffaroni (paralelo e subterrâneo). Entretanto, foi o único regime autoritário que instituiu um sistema penal formal na estrutura judiciária do Estado. Anthony Pereira mostra esse paradoxo questionando as razões que levam um regime autoritário, que tomou o poder pela força optar pela instauração de ações penais contra opositores políticos junto a Tribunais militares, seguindo complexos ritos processuais e com isso criando uma judicialização da repressão e fingindo uma legalidade inexistente. O autor pergunta por que: “os regimes autoritários dão-se ao trabalho de lançar mão de manobras legais, alterações das leis, procedimentos formais complexos e demorados e de levar os oponentes aos Tribunais?”<sup>565</sup> As razões para essa judicialização da repressão decorre da pretensão dos militares em instituir regras procedimentais da democracia, como de fato instituíram de forma tutelada e controlada, por exemplo, eleições parciais e a permissão para atuação de dois partidos políticos. Essa postura visava atender a justificativa do estado de necessidade para o golpe, anunciada paradoxalmente, como a necessidade de salvaguardar-se a própria democracia.

---

<sup>563</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justicialista: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p.148.

<sup>564</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.49.

<sup>565</sup> PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p.76.

A judicialização da repressão instituída pelo próprio regime autoritário contribuiu para o conhecimento da verdade e para o direito à memória. A observância do rito processual penal nos Tribunais militares permitiu a construção de valioso acervo com depoimentos e documentos que esclareceram centenas de casos de violações de direitos humanos perpetradas pelo aparato estatal do regime autoritário.

A institucionalização pelas ditaduras civis-militares dos países do Cone Sul, criou um aparato estatal para a repressão organizada e sistemática contra a população civil. A repressão estatal dos regimes perpetrou graves violações de direitos humanos. Essa política repressiva organizada num contexto de direito penal paralelo e subterrâneo, como disse Zaffaroni, caracteriza o que se denomina como: “terrorismo do Estado”.

Neste contexto, de repressão dos regimes autoritários, as graves violações de direitos humanos configuram crimes contra a humanidade, cuja definição está prevista no artigo 7º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional em Roma, nestes termos: “entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.”<sup>566</sup>

Os atos criminosos perpetrados pelos agentes da repressão e que configuram estes crimes, tipificados no artigo 7º, do Estatuto do TPI, são os seguintes: homicídio, tortura e desaparecimento forçado de pessoas.

Assim, os requisitos previstos no Estatuto do TPI para a caracterização dos crimes contra a humanidade, é necessário a ocorrência de ataque generalizado ou sistemático, contra a população civil, havendo conhecimento desse ataque. Esses requisitos estão presentes nos regimes autoritários das ditaduras latino-americanas, concluindo-se por isso que cometeram crimes contra a humanidade.

Os crimes de lesa humanidade são imprescritíveis. A imprescritibilidade destes crimes constitui norma costumeira do direito internacional dotada de força imperativa e foi positivada em 1968, na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. A imprescritibilidade se justifica pela natureza e gravidade destes crimes, sendo essencial para a proteção

---

<sup>566</sup> BRASIL. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 24 dez. 2020.



dos direitos humanos, no plano internacional, conforme consta do preâmbulo da referida Convenção, no sentido de que a repressão aos crimes contra a humanidade é um elemento importante para a: “prevenção desses crimes da proteção dos Direitos do Homem e das liberdades fundamentais, que encorajará a confiança, estimulará a cooperação entre os povos e ira favorecer a paz e a segurança internacional.”<sup>567</sup>

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em consonância com os princípios do Direito Penal Internacional, afirma que a imprescritibilidade remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial. Na sentença do caso Herzog, por exemplo, foi mencionado que já no julgamento dos nazistas, os acusados não tiveram o direito de alegar prescrição alguma. Tal princípio foi positivado em 1968, na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.

Os países do Cone Sul, em seus processos de transição para a democracia editaram leis de anistia, objetivando garantir a impunidade dos agentes da repressão que perpetraram graves violações de direitos humanos. A CIDH, como nos citados casos Barrios Altos, Gomes Lund e Herzog, por exemplo, consolidou jurisprudência no sentido da nulidade de leis de anistia. No julgamento do caso Gomes Lund, assentou que as anistias são incompatíveis com o: “o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, indicando que elas contribuem a criar uma atmosfera de impunidade que pode socavar a ordem democrática e dar lugar a outras violações de direitos humanos.”<sup>568</sup>

Desta forma, a Corte considera que leis de anistia editadas para a impunidade dos agentes da repressão das ditaduras civis-militares dos países do Cone Sul, são nulas e por isso não produzem qualquer efeito jurídico.

Argentina, Chile e Uruguai declararam nulas as leis de anistia editadas nos períodos de transição. Essas manifestações quanto à invalidade destas leis se deram por atos dos poderes Legislativo e Judiciário. O Poder Legislativo através da aprovação de leis revogatórias das leis de impunidade e o Judiciário mediante

---

<sup>567</sup> CONVENÇÃO sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968. **Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos**, 1970. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

<sup>568</sup> CORTE interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

juízos de inconstitucionalidade destas leis. No Uruguai importa ressaltar que a Lei de Caducidade foi declarada inconstitucional pela Corte Suprema, mesmo que a população tenha em dois referendos decidido pela validade da anistia. Essa decisão da Corte uruguaia fundamentou-se na doutrina de Ferrajoli, no sentido de que a limites para decisões da maioria na democracia. As regras procedimentais, a democracia formal encontra limites na democracia substancial, impedindo que a maioria disponha sobre direitos fundamentais, pois a concepção garantista da democracia: “debe ser afirmada y defendida contra las degeneraciones mayoritarias y tendencialmente plebiscitarias de la democracia representativa y sus perversiones videocráticas.”<sup>569</sup>

No Brasil, ao contrário, é o único deste bloco de países que validou a lei de anistia, no célebre julgamento da ADPF 153, quando declarou recepcionada pela Constituição de 1988, a Lei 6883/79.

Em razão dessa postura do Poder Judiciário, o Brasil é o único país que não puniu nenhum dos agentes que cometeram graves violações dos direitos humanos, permanecendo impunes aqueles que cometeram torturas, assassinatos, sequestros, estupros e desaparecimentos forçados de pessoas. Na Argentina, no Uruguai e no Chile centenas de agentes da repressão foram processados e condenados, incluindo os Chefes das Juntas militares na Argentina e os presidentes ditadores no Uruguai e no Chile.

A Justiça de Transição no Brasil permanece inconclusa, particularmente quanto ao pilar da justiça, pois nenhum agente da repressão foi condenado pelas graves violações de direitos humanos cometidas durante o regime autoritário. Essa transição incompleta brasileira deve-se fundamentalmente à jurisprudência brasileira, que despreza as normas *jus cogens* internacionais, a natureza constitucional dos tratados internacionais e a jurisdição das Cortes Internacionais.

O Brasil, portanto, na questão da punição dos agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, no plano internacional, não observa, “princípios diretores comuns”<sup>570</sup>, conforme sustenta Delmas-Marty. Esses princípios gerais comunitários são orientados pelos direitos humanos incorporados aos tratados e convenções. Esses direitos do homem, condicionam as: “práticas nacionais às normas prescritas. Assim, a proibição da tortura e dos

---

<sup>569</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Editorial Trotta: Madri, 2010. p.85.

<sup>570</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.139.

tratamentos desumanos ou degradantes é, em todas as convenções citadas, um texto ‘irrevogável’ que deve ser respeitado em qualquer circunstância.”<sup>571</sup>

O desrespeito da Justiça brasileira aos princípios diretores e as normas internacionais de natureza imperativa exterioriza-se, particularmente, na inobservância das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos julgamentos atinentes a persecução penal dos agentes da repressão. As sentenças da CIDH que determinam a investigação e punição dos agentes públicos que cometeram graves violações de direitos humanos - como decidido nos Casos Lund Gomes e Herzog, em que se reafirmam os princípios da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da nulidade de leis de anistia nestes casos – são desprezadas pelo Poder Judiciário brasileiro, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa postura revela não só o desprezo pelas normas internacionais, mais a incapacidade do diálogo com as Cortes Internacionais<sup>572</sup>, resultando na rejeição do pluralismo jurídico e, por conseguinte, na manutenção da tradição monista. Um exemplo disso, aparece também por omissão, como revela a ausência de julgamento dos embargos declaratórios interpostos pela OAB, na ADPF 153. A jurisprudência majoritária do STF, segue nos limites da cultura de privilegiar o direito nacional, não observando as normas internacionais e a jurisprudência das Cortes Internacionais. Entretanto, como referem Saldanha e Brum, os juízes nacionais: “são desafiados a lançar mão de argumentos não mais fundados apenas no direito interno, mas advindos de marcos normativos regionais e internacionais e de jurisprudência produzida por seus pares estrangeiros de outros tribunais.”<sup>573</sup>

E é esse desafio que está na ordem do dia relativamente à persecução penal dos agentes da repressão no Brasil. É necessário a mudança da jurisprudência brasileira nesta matéria, em razão do Direito Internacional, das normas *jus cogens* e da jurisprudência da CIDH. Importa destacar que no caso da lei de anistia, não há

---

<sup>571</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.139.

<sup>572</sup> Cabe registrar posições isoladas que defendem a adoção das normas imperativas de Direito Internacional e do diálogo entre as Cortes, como exposto no voto do Ministro Edson Fachin, no julgamento da extradição nº 1362.

<sup>573</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, vol. XV, pp. 195-238, 2015. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/7.-Jania-Saldanha-Margem-de-aprecia%C3%A7%C3%A3o-nacional.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

margem nacional de atuação, conforme apontam Saldanha e Brum, pois a Lei 6883: “viola flagrantemente as disposições do Pacto de San Jose da Costa Rica. Assim, não há interpretação possível da Convenção que possa validar a Lei de Anistia brasileira. Logo, incabível a concessão de qualquer margem nacional de apreciação nesta matéria”.<sup>574</sup>

A ausência de punição dos crimes contra a humanidade cometidos pelas ditaduras civis-militares do Cone Sul, viola valores comuns da comunidade internacional. Esses valores comuns, na acepção de Delmas-Marty<sup>575</sup>, funcionam como verdadeiros interditos fundadores, expresso na proibição dos: “Estados de derogá-lo aos indivíduos de transgredi-lo: direitos ‘inderrogáveis’ e crimes ‘imprescritíveis’, essa é a expressão jurídica das grandes proibições que protegem, sem ousar nomeá-lo, esse irreduzível humano que é urgente fundar”.<sup>576</sup>

Nessa perspectiva, o Brasil deve alinhar-se a comunidade internacional e em particular aos países do Cone Sul, que experimentaram regimes autoritários no mesmo período e que cometeram as mesmas violações, mas puniram os crimes de lesa-humanidade.

A consolidação da democracia nos países do Cone Sul e a justiça de transição no pilar da justiça, pressupõem a persecução penal dos agentes públicos que cometeram graves violações de direitos humanos.

A impunidade no Brasil decorre de decisões fundamentadas em discurso político-ideológico. A consolidação da democracia nos países do Cone Sul e a concretização da justiça de transição, pressupõem a persecução penal dos agentes públicos que cometeram graves violações de direitos humanos. Segundo Mireille Delmas-Marty, os riscos da impunidade nestes casos podem resultar em: “entreve

---

<sup>574</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, vol. XV, pp. 195-238, 2015. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/7.-Jania-Saldanha-Margem-de-aprecia%C3%A7%C3%A3o-nacional.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021

<sup>575</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, vol. XV, pp. 195-238, 2015. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/7.-Jania-Saldanha-Margem-de-aprecia%C3%A7%C3%A3o-nacional.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021

<sup>576</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.277.

para a democracia”, “fracasso da autoridade da lei” e “incentivo a novas violações”.<sup>577</sup>

A impunidade dos agentes da repressão que perpetraram violações de direitos humanos deixa o Brasil numa posição isolada, em nível regional e global, tendo em vista que os demais países do Cone Sul promoveram a responsabilização dos agentes públicos que praticaram crimes contra a humanidade, destacando-se a Argentina que já condenou centenas de pessoas. O Relatório da Comissão de Direitos Humanos, publicado em fevereiro de 2021, ressalta o isolamento do Brasil, na questão da persecução criminal dos agentes que cometeram crimes.

A jurisprudência brasileira, em especial a decisão proferida na ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal, tem sua fundamentação amparada em argumentos de natureza político-ideológica. A declaração de validade da lei de anistia é justificada pela existência de um suposto acordo da sociedade entre o regime e a oposição. Essa narrativa foi difundida pelo regime autoritário, com o objetivo de assegurar a impunidade. O processo de transição política para a democracia, contudo, foi controlado pelo regime autoritário, não tendo existido acordo, mas sim imposição do governo, que controlava o parlamento mediante mecanismos de controle, como os senadores biônicos, conforme demonstra Mezarobba.

Essa narrativa de validade da lei de anistia, afirma que o acordo entre o regime autoritário e a oposição foi o instrumento necessário para a reconciliação e a paz nacional. Esse discurso, por um lado não corresponde à verdade histórica e, por outro, despreza os argumentos jurídicos, expressos nas normas de direito internacional, na Constituição Federal e nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenaram o Brasil em investigar, processar criminalmente e punir os agentes da repressão que perpetraram graves violações de direitos humanos.

A justiça de transição, relativamente a transição política do regime autoritário para a democracia, segue inconclusa, particularmente, nos pilares da justiça e da reforma das instituições. No caso da justiça, tema do presente trabalho, cabe ao Poder Judiciário alterar sua jurisprudência, adotando como razões para decidir argumentos de natureza jurídica, os quais conduzem a tipificação das violações de

---

<sup>577</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.303.

direitos humanos perpetradas pela ditadura civil-militar como crimes contra a humanidade, portanto, imprescritíveis.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALMEIDA, Francisco Antônio de Macedo Lucas Ferreira de. **Os Crimes contra a Humanidade no actual Direito Penal Internacional**. Coimbra: Almedina, 2009.

AMBOS, Kai. **Impunidad y Derecho Penal Internacional**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **S. 1767. XXXVIII**. Disponível em:

<<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1606505929941>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto 158/83**. Disponível em: <[https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cpm/normativa/lesa/Decreto\\_158.pdf](https://www.comisionporlamemoria.org/archivos/cpm/normativa/lesa/Decreto_158.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2020.

ARRIAZA-ROHT, Naomi. A necessidade de reconstrução moral frente às violações de direitos humanos cometidas no passado: Uma entrevista com José Zalaquett. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

BALARDINI, Lorena; OBERLIN, Ana; SOBREDO, Laura. Violência de Gênero e Abusos Sexuais em Centros Clandestinos de Detenção: A Contribuição para compreensão da experiência Argentina. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, N. 6, 2012.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge D. O paradigmático caso do processo às juntas militares argentinas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 14, n. 26, p.53-70, jan. jun. 2014.

BASUALTO, Héctor Hernández. **La persecución penal de los crímenes de la dictadura militar en Chile**. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição**: Das Anistias às Comissões de Verdade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BAUER, Caroline. **Brasil e Argentina**: Ditaduras, Desaparecimentos e Políticas de Memória. Porto Alegre: Meindianiz, 2012.

BENJAMIN, Walter. **Escritos sobre Mito e Linguagem**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERNARDO, Andre. A história da 'Casa da Morte' contada por única sobrevivente. **BBC, 2021**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55492932>>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo; TORELLY, Marcelo D. **Cumplicidade Financeira na Ditadura Brasileira**: Implicações Atuais. Entrevista dossiê novos temas especial artigos acadêmicos. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33080.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

BRASIL **Relatório Mortos e Desaparecidos Político**. Relatório da Comissão Nacional da Verdade, vol. III, dez., 2014. Disponível em: <[http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_3\\_digital.pdf](http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_3_digital.pdf)>. Acesso em 29 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. **Ato institucional nº 1, de 9 de abril de 1964**. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução Vitoriosa. Disponível em: <[planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-01-64.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968**. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm)>. Acesso em: 28 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002**. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.



\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.767, de 11 de maio de 2016.** Promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm)>. Acesso em 16 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995.** Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9140.htm)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Prisão Preventiva para Extradicação Nº 696.** Requerente: República Argentina. Requerido: Manuel Alfredo Montenegro. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/extradicao-manuel-montenegro-parecer-pgr.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2021. p.14.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento nº 970.753 – MG.** Agravante: União; Agravado: Otto José Walter Schneider. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4046826&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=200702582713&data=20080804&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=4046826&tipo_documento=documento&num_registro=200702582713&data=20080804&formato=PDF)>. Acesso em: 09 maio 2021).

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 57.799 – RJ.** Recorrente: Jose Antonio Nogueira Belham e outros; Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500686831&dt\\_publicacao=19/12/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500686831&dt_publicacao=19/12/2019)>. Acesso em: 11 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.315.297-PR.** Recorrente: União; Recorrido: Celestino Jacinto Gomes; Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 16 agosto 2012. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1169533&num\\_registro=201200579463&data=20161117&peticao\\_numero=-1&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1169533&num_registro=201200579463&data=20161117&peticao_numero=-1&formato=PDF)>. Acesso em: 02 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.434.498 – SP**. Recorrente: Carlos Alberto Brilhante Ustra; Recorrido: César Augusto Teles e outros. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq\\_uencial=38041824&num\\_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=38041824&num_registro=201304162180&data=20150205&tipo=51&formato=PDF)>. Acesso em: 04 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 816.209 – RJ**. Recorrente: Hélio da Silva; Recorrido: União. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 de abril de 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq\\_uencial=3036188&num\\_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=3036188&num_registro=200600229321&data=20070903&tipo=5&forma)>. Acesso em 29 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ag.Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança 32.732 - DF**. Agte.: união; Agdo.: Lais Pinheiro de Menezes. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, 03 de junho de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>>. Acesso em 12 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 153 – DF**. Argte.: Conselho Federal da ordem dos advogados do Brasil – OAB; Argdo.: Presidente da República. Intdo.: Associação juizes para a democracia. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 28 de abril de 2010. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960)>. Acesso em: 03 abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.299 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: César Alejandro Enciso. Relator: Min. Cármen Lúcia. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4568190>>. Acesso em: 05 maio 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1362 – DF**. Extdo.: Governo da Argentina; Extdo.: Salvador Siciliano. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 9 de novembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748042903>>. Acesso em: 24 out. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 91.361-0 – SP**. Pacte.: Renato Dias da Silva; ImptE.: Carlos Augusto Stockler Pinto Bastos e outros. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 23 setembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 349.703-1 - RS**. Recte.: Banco itaú s/a; Recdo.: Armando Luiz Segabinazzi. Relator): Min. Carlos Britto. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 171.118 - SP**. Pacte.: Marcelo Brandao Machado; Impte. Maria Elizabeth Queijo e outro. Relator: min. Gilmar mendes. Brasília, 12 de novembro de 2019 Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753484978>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 79785 - RJ**. Impetrante: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Relator ministro Sepulveda Pertence. Brasília, 29 de março de 2000. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 466343 - SP**. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível N. 5000493-21.2020.4.03.6126**. Apelante: Livonete Aparecida Torini; Apelado: União Federal. Relator: Gab. 21 - Des. Fed. Johansom Di Salvo. São Paulo, 05 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/quem-combateu-ditadura-assumiu-risco.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2021).

BRITO, Joanival. **Tribunal de Nuremberg 1945-1946**: A gênese de uma nova ordem no direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BURKE, Edmund. Reflexões sobre a Revolução em França, sobre os verdadeiros direitos do homem e de como os direitos dos homens são incompatíveis com a ideia de sociedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; LEMOS, Walter Gustavo. **Das Tradições ortodoxas e heterodoxas nos Direitos Humanos**: uma antologia. Rio de Janeiro, 2018.

CAPES. **Catálogo de teses e dissertações**. 2019. Disponível em:

CAVALLARO, James Louis. **Hacia una visión crítica y práctica de la eficacia de las instancias e intervenciones internacionales de los derechos humanos en las Américas**: Una reevaluación del sistema interamericano y las comisiones de la verdad en las transiciones. [2020?]. 342f. Tese de Doutorado. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, [2020?]. Disponível em: <[https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/1337/james\\_cavallaro\\_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://rio.upo.es/xmlui/bitstream/handle/10433/1337/james_cavallaro_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CENTENERA, Mar. Condenação histórica na Argentina por crimes sexuais perpetrados no maior centro de detenção da ditadura. **Jornal El País**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-08-14/condenacao-historica-na-argentina-por-crimes-sexuais-perpetrados-no-maior-centro-de-detencao-da-ditadura.html>>. Acesso em: 31 ago. 2021.

\_\_\_\_\_, Mar. Justiça argentina condena oito repressores da ditadura por crimes contra mais de 800 vítimas. **Jornal El País**, 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/internacional/2021-02-19/justica-argentina-condena-oito-repressores-da-ditadura-por-crimes-contra-mais-de-800-vitimas.html>>. Acesso em: 05 maio 2021.

COLOMBO, Sylvia. Argentinos reagem a liberação de opressor durante a pandemia: Presos são grupos de risco; entidades de direitos humanos se opõem devido a gravidade dos crimes na ditadura. **Jornal Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=49240&anchor=6416872&origem=busca&originURL=&pd=8e739566c052666622c323bef4ab0517>>. Acesso em 04 dez. 2020.

CONVENÇÃO sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade – 1968. **Biblioteca Virtual dos Direitos Humanos**, 1970. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

CORTE interamericana de direitos humanos: Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. **CNJ**, 2006. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2021.

\_\_\_\_\_, interamericana de direitos humanos: caso Almonacid Vallerano vs Chile. **CrIDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_, interamericana de direitos humanos: caso Barrios Altos vs Peru. **CrIDH**, 2001. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_, interamericana de direitos humanos: caso Barrios Altos Vs. Peru. **CNJ**, 2001. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/092b2fec1ad5039b26ab5f98c3f92118.pdf>>. Acesso: 08 jun. 2021.

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso Gelman vs. Uruguai. **CNJ**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Acesso: 08 dez. 2020.

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil. **CriDH**, 2010. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso Herzog e outros vs. Brasil. **CriDH**, 2018. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso radilla pacheco vs. estados unidos mexicanos. **Summa**, 2009. Disponível em: <<https://summa.cejil.org/pt/entity/y0hpdmc44zwzsemi?page=93>>. Acesso em: 30 ago. 2021.

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso Velasquez Rodríguez vs Honduras. **CriDH**, 1988. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2020

\_\_\_\_\_ interamericana de direitos humanos: caso Ximenes Lopes vs. Brasil. **CriDH**, 2006. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso: 21 ago. 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil: Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização. In: Orgs. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DOUZINAS, Costa. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional. **Corte Penal Internacional**, 2011. Disponível em: <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Estatuto-de-Roma.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

FABRI, Hélène Ruiz. Introdução Geral. In: FABRI, Hélène Ruiz et al. **Clemência e Direito**: Anistia, Prescrição e Graça no Direito Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FAGUNDES, Ailton Laurentino Caris. **Do golpe à ditadura: a doutrina de segurança nacional e a construção do regime militar**. OPSIS, Catalão-GO, v. 14, n. 1, p. 60-78 - jan./jun. 2014. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/Opsis/article/view/28656/17885>>. Acesso em: 10 dez. 2019.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Editorial Trotta: Madri, 2010.

FINSCHELSTEIN, Federico. **Do Fascismo ao Populismo na História**. São Paulo: Almedina, 2019.

FLETCHER, George P. Prólogo. In: GOTTI, Jaime E. Malumud. **Terror y Justicia em la Argentina**. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 2000.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GOLDHAGEN, Daniel. **Os Carrascos Voluntários de Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HILB, Claudia. A virtude da justiça e seu preço em verdade: Uma reflexão sobre os julgamentos das Juntas Militares na Argentina à luz da Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul. **Novos Estudos**, n. 99, p.107-118, Jul. 2014. Disponível em: <[https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002014000200107&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002014000200107&lng=pt&tlng=pt)>. Acesso em: 18 jun. 2020.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos**: O breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. **A terceira onda**: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática, 1994.

JUDT, Tony. **Pós-guerra**: uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

JUSTICIA de Trancision em Argentina. **Human Rights Library**, [2020?]. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/research/argentina/justicia.html>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

KUCINSKI, Bernardo. **K**. São Paulo: Cosacnaify, 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LESA humanidad: se realizan 13 juicios orales en todo el país. **Centro de Informacion Judicial**, 2010. Disponível em: <<https://www.cij.gov.ar/nota-5027-Lesa-humanidad--se-realizan-13-juicios-orales-en-todo-el-pa-s.html>>. Acesso em: 27 nov. 2020.

LEVI, Primo. **É Isto um Homem?** Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da Ditadura Militar de 1964. 2018. 286f. Tese de Doutorado (Doutor em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Unisinos, São Leopoldo, 2018. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7172>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **A Transição e Consolidação da Democracia**: A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia & Justiça de Transição**: O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF nº 153 pelo STF. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Luciano. A “Liberalização” do regime autoritário no Brasil. In: O’DONNELL, Guilherme; SCHMITTER, Philippe C.; WHITEHEAD, Lawrence. **Transições do Regime Autoritário América Latina**. São Paulo: Vértice, 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MBEMBE, Achile. Necropolítica. **Arte & Ensaios**, n. 32, p.123-151, dez. 2016. p.123. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993>>. p.128. Acesso em: 06 fev. 2020.

MÉNDEZ, Juan E. Responsabilização pelos abusos do passado. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

MEYER, Emilio Peluso. Irresponsabilidade Institucional no Brasil: equívocos e omissões ante uma adequada compreensão do direito internacional dos direitos humanos. In: MEYER, Emilio Peluso (org.). **Justiça de transição em perspectiva transnacional**. Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição e Inicia Via, 2017.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006.

MILLALEO, Salvador. La Justicia de Transición em el Cono Sur como História Global. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de Transição: Das Anistias às Comissões de Verdade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIX, Miguel Rojas. La dictadura militar en Chile y America Latina. In: WASSERMAN, Claudia; GUAZELLI, Cesar Augusto Barcellos. (Orgs.). **Dictaduras Militares na América Latina**. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

OCHOA, José Luiz Caballero. A Trajetória do Processo de Justiça Transicional do México. **CrIDH**, 2010. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29983.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

OLASOLO, Héctor; PALERMO, Pablo Galain. **Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención especial a los casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay**. Valencia: Tirant lo blanc, 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: CIDH, 2020. Assinada em 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 16 set. 2020.

ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Anistia Política Justiça de Transição**, Brasília, Ministério da Justiça, n. 1. p.320-351, jan/ jun. 2009.

OSMO, Carla. **Judicialização da justiça de transição na América Latina**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia, Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), 2016.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.



PAIVA, Chico. STJ passa pano para os crimes da ditadura. **Jornal Folha de São Paulo**, 2020. Disponível em: <<https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=49302&anchor=6420416&origem=busca&originURL=&pd=bd6f3af4d6e581d5682609ef90982f5a>>. Acesso em: 04 out. 2020.

PAIVA, Marcelo Rubens. **Ainda estou aqui**. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2015.

PARENTI, Pablo F. A aplicação do direito internacional no julgamento do terrorismo de estado na Argentina. **CrIDH**, [2020?]. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29977.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2020.

PAYNE, Leigh A. Cumplicidade Empresarial na Ditadura Brasileira. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília: Ministério da Justiça, n. 10, 2014.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Pamela. Os caminhos da judicialização: Uma observação sobre o caso chileno. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Direito Internacional penal**: imunidades e anistias. Barueri: Manole, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2004.

QUINALHA, Renan Honório. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. **Revista Jurídica da Presidência**, São Paulo, v. 15, n. 105, 2013. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/71>>. Acesso em: 11 nov. 2020.

QUINALHA, Renan Honório. **Justiça de Transição**: Contornos do Conceito. São Paulo: Dobra Editorial, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RESOLUÇÃO da corte interamericana de direitos humanos: Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão de cumprimento de sentença. **CriDH**, 2014. Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes\\_17\\_10\\_14\\_por.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf)>. Acesso em: 24 mar. 2021.

RODAS, Sérgio. Quem combateu a ditadura assumiu o risco de ser perseguido, diz TRF-3. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/quem-combateu-ditadura-assumiu-risco-perseguido>>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2. p.23-32, maio/ago. 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? **Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM**, México, vol. XV, pp. 195-238, 2015. Disponível em: <<https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/7.-Jania-Saldanha-Margem-de-aprecia%C3%A7%C3%A3o-nacional.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

SALMÓN, Elizabeth. Algumas reflexões sobre o Direito Internacional Humanitário e a Justiça Transicional: Lições da Experiência Latino-Americana. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

SÃO PAULO. Poder Judiciário (juízo Federal). **Processo n. 136/76**. Autores: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog; Ré: União Federal. Relator: Juiz Marcio José de Moraes. São Paulo, 27 de outubro de 1978. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/03/SentencaHerzog.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2020.

SCHMITT, Carl. **A Crise da Democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

\_\_\_\_\_. **La Dictadura**. Alianza Editorial: Madrid, 2001.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_; CASTRO, Ricardo Silveira. Justiça de Transição e Poder Judiciário Brasileiro a Barreira da Lei de Anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar no Brasil. In: TOSI, Giuseppe [et al.] (Org.). **Justiça de transição**: direito à justiça, à memória e à verdade. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

SISTEMA de informacion de tendencias educativas em américa latina. Constitución de la Nación Argentina. **Poder Legislativo**, 2018. Disponível em: <[https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit\\_accion\\_files/ar\\_6000.pdf](https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf)>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SITUAÇÃO dos direitos humanos no Brasil. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2021. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Justiça de Transição no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Estado de emergência**: o controle do poder em situação de crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TEITEL, Ruth. Genealogia da justiça transicional. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição: manual para a América Latina**. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. **O estado de exceção a partir da obra de Giorgio Agamben**. São Paulo: LiberArs, 2015.

THE usa patriot Act: Preserving Life and Liberty. **Department of Justice**, 2001. Disponível em: <[https://www.justice.gov/archive/ll/what\\_is\\_the\\_patriot\\_act.pdf](https://www.justice.gov/archive/ll/what_is_the_patriot_act.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2021

TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**: Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2012.

TREMLETT, Giles. Plan Condor: La conspiración de la guerra fría que aterrorizó a Sudamérica. **Observatório Luz Ibarburu**, [2020?]. Disponível em: <[https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/PLAN%20CONDOR%20EN%20ESPANOL%20FINAL%20\(1\)-convertido.pdf](https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/PLAN%20CONDOR%20EN%20ESPANOL%20FINAL%20(1)-convertido.pdf)>. Acesso em: 11 dez. 2020.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

URUGUAI. Corte Suprema de Justicia. **Sentencia nº 1380/2016**. 2016. Disponível em:

<<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/1%20380%202016.pdf>>.

Acesso em: 18 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. **Sentença do caso Sabalsagaray**. 2004. Disponível em: <<https://www.observatorioluzibarburu.org/media/uploads/973972004b.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2020.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. **A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade**. In: III ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL | V. 1. Disponível em: <[corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf](http://corteidh.or.cr/tablas/r27118.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2020.

VENTURA, Zuenir. **1968**: o ano que não terminou. São Paulo: Objetiva, 2013.

YAFFE, Jayme. La dictadura uruguaya (1973-1985): nuevas perspectivas de investigación e interpretación historiográfica. **Estudios Ibero-Americanos**, PUCRS, v. 38, n. 1, p. 13-26, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/iberoamericana/article/view/11583>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZYL, Paul van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (coord.). **Justiça de transição**: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.