FABIA FERNANDES CARVALHO VEÇOSO

Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual:
aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Tese apresentada ao Departamento de Direito
Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutora em Direito.

Área de Concentração: Direito Internacional
Orientador: Professor Alberto do Amaral Junior

São Paulo

2012

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

V519e Veçoso, Fabia Fernandes Carvalho
Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual : aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Fabia Fernandes Carvalho Veçoso. – São Paulo : F. F. C. Veçoso, 2012.
155 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2012.
Orientador: Prof. Alberto do Amaral Júnior.
Notas de rodapé.
Inclui bibliografia

1. Corte Interamericana. 2. Direitos humanos. 3. Anistia. 4. Transição política – América Latina. I. Amaral Júnior, Alberto do. II. Título.

CDU 342.7(100)(8=6)

Nome: VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho

Título: Entre absolutismo de direitos humanos e história contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Tese apresentada ao Departamento de Direito
Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do
título de Doutora em Direito.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Para Mauro, Maria Ines, João e Antonio.

AGRADECIMENTOS

Durante o intenso processo de elaboração desta tese, tive a oportunidade de contar com o auxílio de muitas pessoas. As incorreções e erros do trabalho são de minha inteira responsabilidade, mas não posso deixar de mencionar as diversas e significativas contribuições que recebi desde meu ingresso no doutorado em 2009.

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, professor Alberto do Amaral Junior, a sua dedicação, confiança e, sobretudo, compreensão. A elaboração da tese foi marcada por momentos de muito questionamento, e o professor soube dialogar abertamente comigo, em um processo marcado pela generosidade. Agradeço também a oportunidade de ter atuado como sua monitora no âmbito do Programa de Aperfeiçoamento de Ensino (PAE) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A experiência nos seminários sobre decisões da Corte Interamericana foi fundamental para a elaboração desta tese.

Ao professor Martti Koskenniemi, diretor do Instituto Erik Castrén de Direito Internacional e Direitos Humanos da Universidade de Helsinki, agradeço profundamente a recepção cordial e a sua orientação enquanto pesquisadora visitante do instituto em 2011. A estadia em Helsinki revolucionou minha forma de pensar o direito internacional e as intensas discussões tidas com o professor, sempre em um contexto de respeito, humanidade e de franca troca de ideias, foram absolutamente determinantes para os contornos deste trabalho. Mesmo longe de meu marido e de meus filhos por quase quatro meses, considero o período vivido na Finlândia um divisor de águas.

O contato mais próximo com outros professores durante a realização dos créditos obrigatórios também foi muito importante. Gostaria de agradecer ao professor Rainer Schmidt, professor visitante da FFLCH/USP e ocupante da Cátedra Martius da USP/DAAD, o diálogo aberto e rico, o incentivo e as discussões de temas não estritamente jurídicos, mas sem dúvida relevantes para o desenvolvimento da pesquisa desenvolvida ao longo dos anos do doutorado. Ao professor Ronaldo Porto Macedo Jr. (DIREITO GV e FDUSP) agradeço o profundo aprendizado em teoria do direito, as discussões rigorosas e o estímulo ao senso crítico, bem como a oportunidade de atuar como sua monitora na disciplina Lógica e Metodologia Jurídica, da FDUSP. Ao professor e amigo Salem Nasser (DIREITO GV) agradeço as contínuas discussões desde a fase inicial do doutorado. A troca de ideias,

refletindo seu sólido conhecimento em direito internacional, possibilitaram um constante questionamento de meus pontos de vista. Suas observações em meu exame de qualificação foram fundamentais para a continuidade da pesquisa. Sobre o exame de qualificação, agradeço, nesse mesmo sentido, ao professor Umberto Celli Jr. Gostaria de agradecer ao professor George Rodrigo Bandeira Galindo, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, as discussões sobre direito internacional, capazes de iluminar questões que eu não havia percebido inicialmente. Agradeço ainda seu gentil auxílio relativamente à estadia em Helsinki.

Aos alunos da graduação da FDUSP, turmas 180 e 181 do período diurno, agradeço a paciência com as minhas aulas de seminário como monitora do PAE. Para mim, as aulas foram valiosas, momentos em que pude testar, com uma audiência qualificada, vários dos argumentos desenvolvidos neste trabalho a respeito da atuação da Corte Interamericana. Tive a oportunidade de trabalhar com alunos interessantes e participativos, cuja contribuição se reflete neste trabalho. Ainda com relação à FDUSP, agradeço aos funcionários e funcionárias da biblioteca da faculdade o auxílio prestado em diversas ocasiões, em especial no que tange ao acesso a diversas bases de periódicos internacionais. Por meio do serviço de VPN (*virtual private network*), que fornece conectividade à rede USP em qualquer computador conectado à internet, pude consultar diversas fontes fundamentais para a presente pesquisa. Finalmente, agradeço a todos da Secretaria de Pós-Graduação da faculdade a atenção dispensada em diversos momentos no decorrer do doutorado.

Ao Fundo Sasakawa de Bolsas para Líderes Jovens (SYLFF) agradeço a bolsa de estudos concedida para finalização da tese de doutorado em 2011. Em especial, sou grata pelos estimulantes debates ocorridos nas reuniões de apresentação de resultados com o amigo bolsista Diogo Sant'Ana e com os professores Carlos Roberto Azzoni e Adalberto Américo Fischmann, professores membros do comitê responsável pela concessão das bolsas do fundo junto à FEA/USP. A estadia em Helsinki como pesquisadora visitante só foi possível graças a novo auxílio concedido pelo fundo, no âmbito do programa SYLFF Research Abroad. Agradeço o tratamento atencioso de Ayako Hoshino, da Tokyo Foundation, e de Wilton Oliveira, da CCint FEA, no que tange aos trâmites para concessão da bolsa.

Em Helsinki, pude contar com diversos auxílios. Em primeiro lugar, agradeço o financiamento concedido pela agência finlandesa Centre for International Mobility (CIMO), que me deixou com uma vida mais confortável na cidade, além de possibilitar a compra de

muitos livros para o desenvolvimento da pesquisa. Agradeço à Sanna Villikka, diretora executiva do Instituto Erik Castrén, a gentileza, atenção e alegria na convivência no instituto, sem falar em toda a ajuda para concretização da ida à Helsinki, sempre com uma paciência enorme. Os meses que passei como pesquisadora visitante no instituto se tornaram mais alegres pela convivência com Carolina Luz Correia e Maria José Belmonte Sánchez. Anne-Charlotte Martineau me ajudou desde o início com os planos para estudar em Helsinki. Agradeço seu incentivo e apoio. A leitura de seus textos também foi essencial para compreender a perspectiva teórica que norteia este trabalho.

Agradeço aos amigos doutorandos Daniel Carvalho, Erika Pires Ramos (doutora atualmente), Luciana Oliveira, João Amorim e Franciele Cardoso o apoio e diálogo. Às “jovens líderes” Mariana Chaimovich e Camila Perruso, agradeço a amizade, o estímulo e a compreensão, além de todo o auxílio com a bolsa do fundo. À Marina Feferbaum agradeço o constante apoio em vários momentos mais difíceis do doutorado, uma amiga sempre pronta a ajudar. Agradeço à Juliana Palma e à Carolina Marinho, além da querida amizade, as conversas sobre análise de jurisprudência e organização de resultados. A João Roriz, agradeço os preciosos comentários após a leitura da versão parcial desta tese, a troca de ideias e a atenção de um bom amigo. Agradeço à amiga e professora Liliana Jubilut o interessante diálogo sobre direitos humanos.

Agradeço a amizade de Andrea Zanetti, Fernanda Tartuce, Graciema Almeida, Otávia Sommariva e Vanessa Bulara, sempre prontas para uma boa conversa e discussão jurídica. Dentre os amigos que não são do direito e que contribuíram para vários momentos de descontração no decorrer desses anos de doutorado, agradeço especialmente à Fernanda e ao Paulo, à Caru, à Monica e ao Marcus, à Regina e ao Paulo, à Renata e ao Eduardo, à Fernanda e ao Rodrigo, à Mariana e ao Rodrigo. Da mesma forma, agradeço aos meus irmãos, Rafael e Raul. Agradeço aos colegas do GVLaw e da DIREITO GV Danilo Araujo, Mario Schapiro, Emerson Fabiani, Fabio Durço, Leandro Pereira, Juliana Schumann e José Rodrigo Rodriguez.

À Mariana Amaral agradeço a revisão atenciosa e cuidadosa da versão final deste trabalho, com melhorias significativas no texto.

Dentre os vários livros que consultei, recentemente li um em que a autora afirmava que os agradecimentos são, na verdade, um pedido de desculpas a todos aqueles que foram deixados em segundo plano por força de uma pesquisa. *Dark sides* sempre existirão, no

entanto, sinto-me orgulhosa da minha família e da maneira como conseguimos passar, juntos, por todo esse processo, especialmente pelos três meses e vinte dias de minha estadia em Helsinki.

Neste sentido, agradeço à minha mãe, Maria Ines, seu apoio incondicional para a realização do doutorado. Seu auxílio foi imprescindível para que todos pudéssemos ficar próximos, mesmo nos momentos em que a distância física era enorme. Sua força e empenho sempre estiveram ao meu lado.

Por fim, mas não menos importante, agradeço profundamente ao Mauro o total apoio para um projeto que envolveu mais esforços do que ganhos para ele. Sua ajuda foi crucial não somente para a concretização de todas as etapas do doutorado, mas para que eu pudesse me sentir bem nesse processo. Sem ele, eu não teria conseguido. Assim, dedico este trabalho ao Mauro, à minha mãe e aos meus filhos, João e Antonio.

RESUMO

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. **Entre absolutismo de direitos humanos e história**

contextual: aspectos da experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2012. 155 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

O objetivo deste estudo é debater a argumentação desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente ao contexto de transição política na América Latina. Em quatro casos envolvendo violações de direitos perpetradas no Brasil, no Chile, no Peru e no Uruguai por regimes autoritários, a corte determinou a incompatibilidade entre as legislações de anistias adotadas por esses países e os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para além de almejar definir a natureza ou o conteúdo de uma possível obrigação internacional de julgar violações de direitos humanos, este estudo analisará o posicionamento da corte enquanto resultado de uma atividade interpretativa que favorece uma determinada maneira de lidar com situações de mudança de regime político e violações. Ou seja, enquanto discurso que reflete uma posição particular do órgão, mas que é apresentado como algo universal. Diversamente do entendimento da corte, o argumento central deste trabalho consiste em afirmar que, em contextos envolvendo mudança de regime e violações de direitos, tanto anistias quanto julgamentos podem ser alternativas justificadas com base em uma perspectiva de direitos humanos. Nesse sentido, não seria possível apontar em abstrato uma ou outra alternativa como a mais adequada, sob pena de adoção de uma preferência ideológica. Em virtude da indeterminação do discurso de direitos humanos, diversas soluções jurídicas podem ser articuladas com o objetivo de promover uma transição política pacífica e a opção pela melhor estratégia só pode ser alcançada contextualmente.

Palavras-chave: 1. Corte Interamericana. 2. Direitos humanos. 3. Anistia. 4. Transição política – América Latina.

ABSTRACT

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. **Between human rights absolutism and contextual history:** aspects of the experience of the Inter-American Court of Human Rights. 2012. 155 p. Dissertation (Ph.D.) – Law Faculty, University of São Paulo, São Paulo, 2012.

This dissertation aims at debating the Inter-American Court of Human Rights' reasoning regarding the context of political transition in Latin America. In four cases involving human rights violations perpetrated in Brazil, Chile, Peru and Uruguay by authoritarian regimes, the court has determined that national amnesty laws lack legal effects. With no intention to define the nature or content of a duty to punish in international law, this study will analyse the court's reasoning as a result of an interpretive activity that favours a certain way of dealing with political transitions and human rights violations. That is, a discourse that reflects a particular position of the organ, but is presented as something universal. Differently from the court's approach, the main argument discussed herein is that amnesties and trials can both be justified from a human rights perspective in contexts of regime change and human rights violations. In this setting, it is not possible to indicate a priori one alternative or another as the adequate one without showing an ideological preference. In view of the idea of the indeterminacy of rights, different legal solutions can be articulated to promote a peaceful political transition, and the relative usefulness of one solution can only be determined contextually.

Keywords: 1. Inter-American Court. 2. Human Rights. 3 Amnesty. 4. Political Transition - Latin America.

RIASSUNTO

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. **Tra assolutismo dei diritti umani e storia contestuale**: aspetti dell'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani. 2012. 155 f. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di São Paulo, São Paulo, 2012.

L'obiettivo di questo studio è quello di discutere l'argomentazione della Corte interamericana dei Diritti Umani relativa al contesto di transizione politica in America Latina. In quattro casi di violazione dei diritti perpetrati in Brasile, Cile, Perù e Uruguay da regimi autoritari, la corte ha ordinato l'incompatibilità delle leggi di amnistia adottate da questi paesi e le disposizioni della Convenzione Americana sui Diritti Umani. Oltre ad aspirare a definire la natura o il contenuto di un possibile obbligo internazionale per processare violazioni dei diritti umani, questo studio esaminerà il posizionamento della corte in quanto attività interpretativa che favorisce un certo modo di affrontare situazioni di cambiamento di regime politico e violazioni. Cioè, come un discorso che riflette una particolare posizione dell'organo, ma viene presentato come qualcosa di universale. A differenza della comprensione della corte, l'argomento di questo studio è quello di affermare che in contesti che implicano cambio di regime e violazioni dei diritti, amnistie e prosezioni possono ambedue essere giustificati da un punto di vista dei diritti umani. In questo senso, non sarebbe stato possibile identificare in astratto l'alternativa la più adatta, a pena di adottare una preferenza ideologica. A causa della indeterminatezza del discorso sui diritti umani, diverse soluzioni giuridiche possono essere articolate al fine di promuovere una transizione politica pacifica e la scelta della migliore strategia può essere raggiunta solo nel contesto.

Parole chiave: 1. Corte Interamericana. 2. Diritti Umani. 3. Amnistia. 4. Transizione Politica - America Latina.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O CONFLITO NORMATIVO ENTRE REGRAS UNIVERSAIS E CAPACIDADE LOCAL DE AGIR	20
2.1 As decisões da CIDH sobre a compatibilidade entre as leis de anistia dos Estados-partes e a Convenção Americana.....	27
2.2 Regras universais e capacidade local para agir.....	55
3 A AUTORIDADE DAS ANISTIAS LOCAIS.....	61
3.1 Justiça de transição e a dimensão contestável dos processos de transformação política.....	62
3.2 Anistias locais e a luta contra a impunidade.....	66
3.2.1 A concessão de anistias e os dispositivos do estatuto do Tribunal Penal Internacional	78
3.3 Anistias locais e suas justificativas normativas.....	81
3.3.1 Anistia, reconciliação e abertura democrática.....	85
3.3.2 Anistia e pacificação interna.....	93
3.3.3 Anistia e unidade nacional.....	98
3.3.4 Anistia, perdão e verdade.....	101
3.3.5 Anistia e esquecimento.....	105
3.4 Considerações sobre anistias e experiências nacionais.....	109
4 O EMBATE ENTRE DISCURSOS DE DIREITOS HUMANOS: JULGAMENTOS E ANISTIAS.....	111
4.1 O lado obscuro dos julgamentos.....	115
4.2 As virtudes das anistias.....	123
4.3 A indeterminação do discurso de direitos humanos.....	130
5 CONCLUSÕES.....	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	139

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho busca debater o discurso desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente ao contexto de transição política na América Latina. Em quatro casos envolvendo violações de direitos humanos ocorridas no Brasil, no Chile, no Peru e no Uruguai, a corte determinou a incompatibilidade entre as legislações de anistias adotadas por esses países e os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual são partes os Estados mencionados.

Situações de violação aos direitos previstos na Convenção Americana foram levadas à corte para que se analisasse a responsabilidade dos Estados-partes pela sua ocorrência. Em virtude da vigência de leis de anistia locais, adotadas no âmbito dos processos de transição de regimes autoritários nos quatro países, as violações alegadas não foram investigadas nem julgadas. Na ausência de julgamentos, a Corte Interamericana analisou os casos concretos afirmando que os Estados-partes são responsáveis, perante a Convenção Americana, pelas violações de direitos humanos ocorridas durante os correspondentes regimes autoritários nacionais.

Trata-se, assim, de um contexto ordinário de exercício da jurisdição da corte. Brasil, Chile, Peru e Uruguai ratificaram a Convenção Americana e reconheceram a competência da Corte Interamericana em instrumento jurídico próprio, aceitando, portanto, as regras estabelecidas no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

No entanto, a argumentação desenvolvida pela corte enseja discussão. A afirmação de que leis de anistia são contrárias ao direito internacional por força de um inequívoco dever estatal de julgar violações de direitos humanos constitui-se em construção interpretativa da corte, e não em aplicação de uma regra de direito internacional objetivamente definida. Em outras palavras, afirmar que violações de direitos humanos relacionadas aos contextos de transição política na América Latina devem ensejar necessariamente a realização de julgamentos configura uma preferência da corte. Na argumentação do órgão, essa preferência é revestida de um discurso universalista, afirmando-se o caráter imperativo das regras de direito internacional de direitos humanos violadas pelos Estados nos casos concretos.

Para introduzir o debate relacionado à argumentação desenvolvida pela Corte Interamericana, algumas questões devem ser referidas. Primeiramente, vale ressaltar que

anistias têm sido adotadas pelos Estados de forma crescente desde o final da Segunda Guerra Mundial (MALLINDER, 2008, p. 19). Em comparação com outras alternativas jurídicas disponíveis para enfrentar situações de violação de direitos humanos e contextos de transição política, como comissões de verdade, julgamentos, programas de reparação e lustração, anistias têm se apresentado como mecanismo preponderante na prática estatal (OLSEN; PAYNE; REITER, 2010, p. 39).

Em segundo lugar, o dever estatal de julgar violações de direitos humanos é estabelecido de forma expressa apenas em alguns tratados internacionais que versam sobre violações específicas de direitos humanos (SEIBERT-FOHR, 2009, p. 8). Tal obrigação está presente na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, em seu artigo 6º (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948); na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo 6º (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1965); na Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, em seu artigo 7º (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984) e, mais recentemente, na Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, em seu artigo 7º (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006).

Para além desses tratados, deve-se mencionar que as Convenções de Genebra de 1949, sobre o tratamento de prisioneiros de guerra e de civis em territórios ocupados (CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE GENEBRA, 1949a, 1949b, 1949c, 1949d), também estabelecem expressamente a obrigação de julgar os responsáveis por graves violações às obrigações previstas nas referidas convenções.¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos não estabelece, de forma expressa, um dever dos Estados-partes de julgar violações. Como será visto com mais detalhes neste trabalho, o artigo 1º da convenção estabelece uma obrigação de caráter geral, assumida pelos Estados no momento da adesão ao sistema interamericano: garantir o respeito aos direitos previstos na Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969). Outros tratados gerais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direito

¹Convenção I, sobre a situação de feridos e doentes de forças armadas terrestres, conforme artigos 49 e 50; Convenção II, sobre a situação de feridos, doentes e náufragos de forças armadas marítimas, artigos 50 e 51; Convenção III, sobre prisioneiros de guerra, artigos 129 e 130 e Convenção IV, sobre proteção de civis em tempos de guerra, artigos 146 e 147 (CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE GENEBRA, 1949a, 1949b, 1949c e 1949d).

Civis e Políticos das Nações Unidas e a Convenção Europeia de Direitos do Homem, também não estabelecem expressamente um dever de julgar violações (ORENTLICHER, 1991, p. 2568).

Tem-se, assim, que a argumentação desenvolvida pela Corte Interamericana afirmando a incompatibilidade das anistias latino-americanas em relação a um dever estatal de julgar violações de direitos humanos não se constitui em uma posição objetivamente definida em direito internacional. A recorrente adoção de anistias pelos Estados pode colocar em xeque a existência de uma obrigação internacional de caráter costumeiro estabelecendo um dever de julgamento, e a variedade das disposições de tratados de direitos humanos também abre possibilidade para esse questionamento.

Para além de almejar definir a natureza ou o conteúdo de uma possível obrigação internacional de julgar violações de direitos humanos, este estudo buscará lidar com o posicionamento da corte enquanto resultado de uma atividade interpretativa que favorece uma determinada maneira de lidar com contextos de mudança de regime e violações de direitos humanos, enquanto discurso que reflete uma posição particular do órgão, mas que é apresentado como algo universal; um entendimento afirmado como naturalmente superior em relação às saídas encontradas pelos Estados para concretizar a transformação política.

O presente estudo pretende discutir somente essa construção argumentativa da corte, ou seja, um determinado discurso de direito internacional dos direitos humanos que afirma um inequívoco dever de julgar violações, em contraposição às anistias latino-americanas. Não constitui objetivo deste trabalho debater um modelo ideal de funcionamento da Corte Interamericana ou apontar diretrizes que busquem, eventualmente, “corrigir” a atuação do órgão. De maneira mais restrita, será abordada a argumentação da corte nos casos que envolveram anistias latino-americanas e as escolhas políticas subjacentes a essa argumentação, considerando que o discurso da corte sobre esse tema não constitui manifestação neutra, mas posicionamento que é defendido com base em determinadas escolhas.

Trazer à luz os pressupostos relacionados às decisões da Corte Interamericana permite compreender o que está em jogo na saída afirmada pelo órgão como a mais adequada, isto é, a realização de julgamentos e a incompatibilidade das anistias domésticas. Da mesma forma, debater as escolhas políticas empreendidas pela corte permite entender o que pode ficar excluído por força de um tal favorecimento de julgamentos. Esses esclarecimentos são

importantes, posto que os casos debatidos neste estudo envolvem questões complexas a respeito das estratégias apropriadas para implementar a proteção de direitos humanos em situações concretas.

Diversamente da posição defendida pela corte, a presente tese consiste em afirmar que, em contextos envolvendo mudança de regime e violações, anistias também podem ser adotadas e justificadas com base em um discurso de direitos humanos, da mesma forma como faz a corte em relação aos julgamentos. Nesse sentido, não seria possível apontar *a priori* uma ou outra alternativa como a mais adequada. Diversas soluções jurídicas podem ser buscadas com o objetivo de promover uma transição política pacífica e a opção pela melhor estratégia só pode ser alcançada contextualmente.

Essa diversidade de soluções está relacionada à indeterminação do discurso de direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2011c). Essa indeterminação alcança o significado desses direitos, sua aplicabilidade e seus limites, de forma que tanto anistias quanto julgamentos podem ser defendidos – com bons argumentos – e igualmente criticados com base em uma perspectiva de direitos humanos. Em um contexto de indeterminação, a preferência da Corte Interamericana por julgamentos, revestida de um discurso universalista, pode ser compreendida enquanto estratégia hegemônica (KOSKENNIEMI, 2011a) do órgão para dar a última palavra sobre justiça de transição na América Latina.

A motivação para realização desta tese foi, sem dúvida, o contexto brasileiro de transição política e as discussões atuais a respeito desse processo. Levando em consideração a experiência brasileira com a adoção de lei de anistia em 1979, questiona-se a possibilidade de qualificar o país como “pária do direito internacional”², na medida em que resta mantida a vigência da lei de anistia brasileira e tendo em vista o posicionamento afirmado pela Corte Interamericana no caso que envolveu a responsabilização do Brasil (*Gomes Lund*, como será visto mais adiante neste trabalho).

Em outras palavras, seria possível excluir totalmente anistias como alternativas hábeis para lidar com contextos de violação de direitos humanos e de transformação política, favorecendo a realização de julgamentos enquanto mecanismo mais adequado *per se*? O

²Tema de seminário realizado em setembro de 2011 na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. O evento contou com a participação das professoras Deisy Ventura e Flávia Piovesan. Informação disponível em: <http://www.fflch.usp.br/df/site/agenda/arquivos/2011_9_20_21_quanta_verdade_o_brasil_suporta.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2011. Vale ressaltar que a menção a esse evento é meramente ilustrativa das diferentes práticas argumentativas que podem ser articuladas a respeito do conflito entre anistias e julgamentos.

ponto de partida deste estudo foi um certo questionamento sobre escolhas talvez um pouco apressadas em relação às alternativas úteis para enfrentar situações de violação de direitos e de mudança de regime.

No entanto, a discussão que se pretende desenvolver neste trabalho não possui como objetivo afirmar, ao final, que somente os Estados seriam capazes de articular a estratégia apropriada para lidar com processos de transformação política e que a perspectiva local (opção pelas anistias) seria a mais adequada, devendo ser afastada qualquer intervenção de uma corte internacional. Uma conclusão nesses termos seria tão hegemônica quanto a posição da Corte Interamericana que será criticada nesta sede.

Nesse passo, este estudo não pretende desconsiderar o importante papel do sistema interamericano de direitos humanos na América Latina. O discurso relacionado a esses direitos possui um caráter emancipatório fundamental, permitindo que conflitos políticos sejam estabelecidos e articulados, com a possível conformação de novos consensos (BELL, 2009, p. 25; KOSKENNIEMI, 2011d, p. 161). Assim, cortes internacionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana, podem contribuir de forma positiva para as batalhas políticas domésticas relacionadas a processos de mudança de regime. Somente para ilustrar esse ponto, a decisão da corte no caso *Gomes Lund* tem favorecido, atualmente, a reflexão a respeito do processo de superação do regime autoritário brasileiro, o que pode ser visto como uma contribuição importante do sistema interamericano, dentre outros fatores.³

Como será argumentado com mais detalhes posteriormente, o posicionamento da Corte Interamericana gera um importante inconveniente: obscurece os constrangimentos e compromissos políticos que estão relacionados aos processos de transição de regime. Ao afirmar de maneira absoluta que anistias locais são incompatíveis com a Convenção Americana, a corte afasta-se confortavelmente das batalhas políticas relacionadas aos processos de mudança de regime latino-americanos. O órgão não precisa enfrentar os diversos grupos políticos nacionais envolvidos nas barganhas do processo de transformação política, tais como elites políticas, o alto escalão das forças armadas, grupos econômicos etc., todos negociando o fim do regime. A Corte Interamericana afirma seu posicionamento de uma

³A realização do seminário mencionado na nota anterior, dentre vários outros eventos realizados ultimamente no Brasil, reflete esse interessante contexto de reflexão e debate a respeito das escolhas políticas empreendidas no passado no que tange à questão da justiça de transição no país.

perspectiva distante desses embates políticos, e essa distância acaba por simplificar demasiadamente o contexto de transição.

Como afirmado, a presente tese não pretende oferecer diretrizes práticas relacionadas à maneira ideal de atuação da Corte Interamericana em casos concretos. No entanto, buscar-se-á sustentar a argumentação de que a corte poderia ter levado em consideração os processos políticos latino-americanos de forma mais abrangente, considerando as complexidades e particularidades desses processos em cada um dos países da região. A questão é que uma atuação que considere uma abordagem mais abrangente, incluindo as contingências políticas dos casos concretos, pode diminuir a notável influência da corte em determinar a maneira apropriada de lidar com um passado autoritário marcado por violações de direitos humanos na América Latina.

Esboçados os argumentos que serão desenvolvidos neste trabalho, resta explicitar a estrutura da tese. O capítulo que se segue a esta introdução procurará expor e debater a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente às leis de anistia dos Estados-partes. Com o objetivo de descrever a racionalidade da argumentação da corte, além dos quatro casos que expressamente trataram da compatibilidade de anistias nacionais em relação à Convenção Americana, outras decisões serão mencionadas para que seja possível compreender como a Corte Interamericana alcançou o entendimento objeto de análise nesta sede. Não se pretende analisar à exaustão a jurisprudência da corte, mas somente contextualizar a argumentação relacionada às leis de anistia dos Estados-partes. Para tanto, foi realizada uma leitura flutuante dos julgados prolatados pela corte até o caso *Barrios Altos*, de 2001, o primeiro a declarar a incompatibilidade de uma lei de anistia. Com base nessa leitura, serão feitas breves menções a outros casos apreciados pelo órgão em questão e realçados os termos de um conflito normativo que se estabelece pela afirmação da superioridade dos julgamentos em oposição às anistias.

O capítulo seguinte possui como objetivo discutir os bons argumentos que podem ser apontados para justificar a adoção de anistias e não de julgamentos em contextos de violações de direitos humanos e transição política. Assim, se a argumentação da corte coloca luz no lado positivo dos julgamentos enquanto alternativa adequada de justiça de transição, realçando os problemas relacionados à adoção de anistias pelos Estados-partes, o capítulo terceiro buscará iniciar um movimento inverso. Após localizar o posicionamento da Corte Interamericana em um discurso global de luta contra a impunidade, serão realçadas as boas razões que podem

acompanhar a adoção de anistias pelos Estados. E boas razões aqui devem ser entendidas de uma perspectiva de direitos humanos, à qual também podem estar relacionadas as justificativas normativas relacionadas às anistias.

Serão discutidas possibilidades argumentativas que envolvem reconciliação, transição para democracia, pacificação interna, unificação nacional, perdão e esquecimento. Todas essas possibilidades estão ligadas a casos concretos de adoção de anistias na África do Sul, no Brasil, na Espanha, na França e no Uruguai. O uso de exemplos reais para auxiliar na análise dos bons argumentos que fundamentam anistias não tem como objetivo constituir um retrato exaustivo ou representativo da realidade. A escolha de determinadas experiências nacionais foi feita, assim, unicamente com o objetivo de ilustrar as referidas possibilidades argumentativas.

A identificação de boas razões que podem estar relacionadas às anistias foi feita baseada nas pesquisas elaboradas por Louise Mallinder (2007, 2008, 2009, 2011b). A autora elaborou estudo exaustivo a respeito das anistias que têm sido adotadas desde o término da Segunda Guerra Mundial no cenário global (MALLINDER, 2008). Nesse sentido, a base de dados construída pela autora foi fonte de pesquisa importante para a reflexão a respeito das justificativas normativas que podem estar relacionadas à alternativa jurídica em questão.

O último capítulo da tese visa a desenvolver o argumento relacionado à indeterminação do discurso de direitos humanos. Assim, a oposição entre anistias e julgamentos pode ser repensada enquanto discursos concorrentes de direitos humanos, enquanto alternativas equivalentes de justiça transicional, sem que seja possível estabelecer preferências fixas a respeito da sua adequação. Nesse sentido, buscar-se-á desafiar a argumentação da corte: nem sempre a perspectiva universal corresponde necessariamente à proteção de direitos humanos; da mesma forma, nem sempre a perspectiva local corresponde necessariamente à violação desses direitos. Para tanto, serão articulados os chamados *dark sides* dos julgamentos e o lado virtuoso das anistias (KENNEDY, 2004).

Para encerrar as presentes considerações introdutórias, vale sublinhar que a crítica ao posicionamento articulado pela Corte Interamericana não pretende meramente esvaziar toda e qualquer possibilidade de avaliar a proteção aos direitos humanos em situações concretas. Afirmar a indeterminação do discurso de direitos humanos não equivale a afirmar que qualquer solução pode ser aceita, como se estivéssemos diante de práticas aleatórias. É possível, sim, discutir a adequação dos processos de transição política no Brasil, no Chile, no

Peru ou no Uruguai, mas não à luz de critérios objetivos ou externos à prática. A utilidade de alternativas jurídicas só pode ser discutida contextualmente, com base nas escolhas políticas e morais que foram empreendidas em cada uma das situações específicas de justiça de transição. E aqui parece não haver garantia de que todos sempre concordarão a respeito de quais são as melhores escolhas políticas a empreender.⁴

Portanto, para além de uma desconstrução do discurso de direitos humanos, o presente estudo pretende esclarecer o que está em jogo em cada uma das duas alternativas debatidas relativamente ao contexto de transição política na América Latina e contribuir para um processo de tomada de decisão mais consistente em favor de um ou outro mecanismo, reconhecendo-se que nem todos os problemas poderão ser contemplados, seja com a concessão de anistias, seja na realização de julgamentos.

⁴Esse entendimento acompanha as ideias de Martti Koskeniemi a respeito da discussão sobre objetividade em direito internacional: “[...] I think it important to show that such consequences [Nihilism] does not follow from adopting a critical position towards the illusion of objectivity in legal argument. The point is that one is not committed to irrationality or to an ‘anything goes’ morality even if one rejects the view that law contains an external, privileged vision of society. It simply gives effect to the intuition that the lawyers’ expectations of certainty should be downgraded and that they – as well as States and statesmen – must take seriously the moral-political choices they are faced with even when arguing ‘within the law’ and accept the consequence that in some relevant sense the choices are theirs and that they therefore should be responsible for them.” (KOSKENIEMI, 2005, p. 536).

2 O CONFLITO NORMATIVO ENTRE REGRAS UNIVERSAIS E CAPACIDADE LOCAL DE AGIR

As recentes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou corte) a respeito da incompatibilidade das leis de anistia do Brasil e Uruguai em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana ou convenção), refletem um posicionamento particular da corte no que tange ao processo de transição democrática na América Latina, além de revelar a forte influência que o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos pretende imprimir na região.

Em decisão de 24 de novembro de 2010, no caso *Gomes Lund*, também referido como *Guerrilha do Araguaia* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010), foi declarada sem efeitos jurídicos a lei de anistia brasileira n. 6.683/79, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada em 28 de agosto de 1979. O caso tratou do desaparecimento forçado de 62 pessoas entre os anos de 1972 e 1974, empreendido por agentes estatais durante o regime militar brasileiro, e o Brasil restou responsabilizado pela corte.⁵ Em decisão de 29 de abril de 2010, alguns meses antes da decisão proferida pela CIDH, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da lei de anistia brasileira (BRASIL, 2010).

O Uruguai também teve sua *Ley de Caducidad*, lei de anistia uruguaia adotada em 1986, declarada sem efeitos jurídicos em decisão de 24 de fevereiro de 2011 proferida no caso *Gelman* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011). A questão interessante no caso do Uruguai é que a população teve duas possibilidades de se manifestar expressamente sobre a vigência da referida lei, em referendos realizados no país em 1989 e em 2009. Nas duas ocasiões, a decisão majoritária uruguaia foi favorável à manutenção da *Ley de Caducidad*.

Considerando somente a atuação da CIDH, além de Brasil e Uruguai, Peru também teve declarada sem efeitos jurídicos sua legislação de anistia, no caso conhecido como *Barrios Altos* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, 2001b,

⁵Até o julgamento do caso pela CIDH, apenas uma pessoa foi encontrada dentre os 62 desaparecidos – seus restos mortais foram localizados em um cemitério clandestino na região do Araguaia, por meio de buscas empreendidas pelos familiares das vítimas, e identificados em 1996.

2001c), bem como o Chile, no caso *Almonacid Arellano* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a).

Sem a pretensão de uma análise exaustiva dos temas apreciados pelos órgãos de implementação e monitoramento que constituem o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos – Corte Interamericana e Comissão Interamericana⁶ –, o presente capítulo possui como objetivo descrever o conflito normativo decorrente da argumentação sustentada pela corte nos casos em que, com base no disposto na Convenção Americana, analisou-se a compatibilidade de leis de anistia de Estados- partes.

Como será visto com detalhes neste capítulo, a CIDH desenvolve uma argumentação que afirma a incompatibilidade das leis de anistia dos Estados-partes tendo em vista os direitos previstos na convenção, na medida em que as anistias nacionais necessariamente impediriam a investigação e o julgamento de graves violações de direitos humanos, promovendo a impunidade. As vítimas e os familiares das vítimas ficariam impedidos de conhecer a verdade a respeito dos fatos, sendo-lhes vedado qualquer tipo de reparação ante as violações perpetradas. Nesse sentido, segundo a corte, o caráter inderrogável das normas de direitos humanos violadas no decorrer de regimes autoritários na América Latina não permitiria a concessão de anistia, sendo afirmada a obrigação dos Estados-partes de investigar os fatos, julgar e eventualmente punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos.

Os casos revelam um conflito entre possíveis alternativas para lidar com um passado autoritário, marcado por violações de direitos humanos, como verificado em vários países da América Latina durante a segunda metade do século XX.

Em um primeiro momento, o conflito pode ser entendido como uma oposição entre regras universais de direitos humanos e capacidade local de agir, uma vez que a saída

⁶Para uma visão geral e comentada da jurisprudência da CIDH, incluindo decisões proferidas até maio de 2010, ver BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University, 2011. Outra importante fonte de consulta é a série *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, publicada pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma do México, em conjunto com a Universidade de La Sabana, Colômbia. Todos os casos levados à apreciação da CIDH até o final de 2009 estão exaustivamente compilados e sistematizados em sete volumes disponíveis na página eletrônica da Biblioteca Jurídica Virtual do instituto. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2887>>. Acesso em: 29 jun. 2011. Por fim, vale ressaltar que todos os julgados da CIDH estão disponíveis para consulta na página eletrônica da corte. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011. A página eletrônica da Comissão Interamericana disponibiliza informes temáticos, informes por país, informes anuais e resoluções que têm sido adotados pelo órgão. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Default.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2011. Vale mencionar que, conforme disposto nos artigos 49 a 51 da Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), o termo “informe” refere-se à decisão tomada pela Comissão Interamericana a respeito das petições ou comunicações que lhe são submetidas para análise. Trata-se, portanto, da decisão do órgão em um caso concreto de alegada violação aos direitos previstos na convenção.

escolhida por muitos Estados para lidar com um passado violento e para possibilitar a transição política – a edição de leis de anistia – colide com a perspectiva universalista da CIDH de que toda violação grave de direitos humanos deve ser investigada e julgada.

Esse conflito envolve objetivos normativos específicos para cada uma das alternativas jurídicas em debate: julgamentos e anistias. A realização de julgamentos baseia-se no objetivo maior de combate à impunidade de sérias violações de direitos humanos, buscando-se garantir a proteção dos direitos das vítimas, em especial o direito de saber o que ocorreu (*right to know*), o direito de acesso à justiça como medida de reconciliação e o direito das vítimas a reparações, buscando assim evitar que novas violações possam ocorrer no futuro (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a).

Por seu turno, a edição de leis de anistia pode se basear nos objetivos de reconciliação e pacificação, enquanto resposta a uma situação interna de conflito ou em consequência de pressão internacional; também pode ser adotada enquanto medida relacionada a tradições culturais e religiosas do local ou enquanto medida de reparação aos indivíduos que foram considerados inimigos do antigo regime. Por fim, há também a possibilidade de favorecer agentes estatais que integraram o regime que concede o benefício, a chamada autoanistia (MALLINDER, 2008, p. 37-68).⁷

Assim, a menção à existência de um conflito normativo ligado aos casos apreciados pela CIDH se relaciona a uma oposição entre objetivos diversos alegados para lidar com um passado autoritário e violento: deve prevalecer a proteção dos direitos das vítimas por meio da instauração de julgamentos ou a reconciliação e pacificação nacionais, permitindo a transição política por meio da edição de leis de anistia?

O presente trabalho pretende questionar o posicionamento da CIDH ao afirmar que julgamentos – e, portanto, a perspectiva de proteção de direitos humanos adotada pela corte – constituem um objetivo prioritário *per se*. Assim, ao determinar que leis de anistia não têm efeitos jurídicos e que todas as violações devem ser julgadas por força da validade universal das regras de direitos humanos, a CIDH assume que há uma maneira única de lidar com o passado autoritário de Estados-partes, mesmo em presença de preferências locais por alternativas diversas, como será discutido no caso *Gelman* em relação aos referendos uruguaios.

⁷Essas questões relacionadas ao combate à impunidade e às anistias serão aprofundadas no próximo capítulo.

Nesse passo, é possível aprofundar ainda mais os termos do conflito normativo que se pretende analisar neste trabalho. Como será visto mais adiante, a corte fundamenta seu posicionamento pela realização de julgamentos e pela invalidade de anistias nacionais com base em um discurso universalista de direitos humanos. Em outras palavras, a CIDH apresenta como universal uma perspectiva que é particular da corte, uma vez que envolve afirmar a proteção de direitos humanos exclusivamente por meio de julgamentos.

No entanto, é possível justificar os objetivos de reconciliação, pacificação, reparação, unidade nacional, esquecimento, perdão, transição democrática, todos relacionados à edição de leis de anistia, também com base em um discurso de direitos humanos, tendo em vista a indeterminação desse discurso – esse é o argumento central da presente tese e será desenvolvido mais adiante.

Na medida em que não se realiza o julgamento dos responsáveis por atos violentos do passado, seria possível encerrar o conflito, iniciando-se o processo de transição política para um regime diverso em um contexto sem violência. A anistia possibilita a existência de um processo de pacificação nacional, em que se enfatiza a compreensão particular das vítimas a respeito da ideia de justiça e em que se abre espaço para analisar as raízes mais profundas do conflito – para além dos limites relacionados à produção de provas em um processo de caráter criminal.

Ademais, a concessão de anistia permitiria a concretização de outras maneiras de lidar com um passado autoritário e violento, que não implicariam necessariamente impunidade, mas que poderiam compreender outras formas de responsabilização (*accountability*), diversas do que se verifica em um processo de caráter penal. Como outras formas de responsabilização, podem ser citadas exemplificativamente a instauração de comissões de verdade e reconciliação, a realização de métodos alternativos de resolução de conflitos relacionados a tradições locais, programas de reparação às vítimas, medidas de justiça de transição relacionadas à preservação da memória, dentre outros.⁸

Pode-se afirmar, assim, que o conflito normativo analisado neste trabalho se relaciona, no limite, às complexas questões ligadas à determinação da estratégia apropriada, inclusive

⁸Vale mencionar que a CIDH leva em conta outras possibilidades de responsabilização, mas afirma que estas não podem substituir os julgamentos de violações de direitos humanos. Ao tratar da instauração de uma Comissão de Verdade no Brasil, na decisão proferida no caso *Gomes Lund*, afirmou que: “A Corte julga pertinente, no entanto, destacar que as atividades e informações que, eventualmente, recolha essa Comissão, não substituem a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais, através dos processos judiciais penais.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 297).

em termos institucionais, para implementar a proteção de direitos humanos em situações concretas – a perspectiva de proteção defendida pela CIDH se choca com perspectivas locais que igualmente clamam pela proteção de direitos humanos.

Nesse passo, o estudo dos casos sobre anistias latino-americanas possibilita elucidar o *structural bias* (KOSKENNIEMI, 2005, p. 600-615) da CIDH ao propor uma solução única e tida como correta para a região no que tange à transição política. A corte pretende influenciar a América Latina de forma substantiva, alegando que graves violações de direitos humanos, como as verificadas no decorrer das ditaduras latino-americanas, jamais poderiam ter sido objeto de anistia pelos Estados-partes, tendo em vista o caráter inderrogável das regras violadas. Para priorizar a sua atuação em detrimento de escolhas locais a respeito da transição política, a corte adota um posicionamento universalista – afirma sua perspectiva particular sobre transformação de regime e proteção aos direitos humanos enquanto discurso universal.⁹

No entanto, a posição defendida pela CIDH relativamente às leis de anistia, enquanto *structural bias*, constitui escolha política institucional, e não uma opção neutra: ao determinar a realização de julgamentos dos responsáveis por violações de direitos humanos, a corte optou por iluminar determinados aspectos no que tange à transição política na América Latina, enquanto outras questões foram obscurecidas, deixadas de lado. Assim, na decisão do caso *Gomes Lund*, por exemplo, o programa brasileiro de reparações às vítimas e as medidas de promoção da memória histórica empreendidas até o momento foram considerados insuficientes, pois o Brasil não realizou o julgamento dos responsáveis pelo desaparecimento forçado das vítimas no caso.¹⁰

⁹A noção de *structural bias* desenvolvida por Martti Koskeniemi no novo epílogo adicionado à reedição de *From apology to utopia* busca fortalecer a tese da indeterminação da linguagem do direito internacional com um argumento empírico: seria possível constatar a existência de preferências na prática das instituições internacionais que privilegiam determinados entendimentos de bem comum, determinados esquemas de alocação de recursos escassos, em detrimento de outros entendimentos e esquemas. Essas preferências não seriam expressamente declaradas, mas sustentadas pela prática institucional internacional de forma ideológica (KOSKENNIEMI, 2009, p. 11-12), ou seja, como se fossem algo natural, como uma necessidade dada *a priori*. No entanto, o *structural bias* compreende escolhas políticas institucionais, não afirmações neutras a respeito da distribuição de bens no mundo. É para essa dimensão política e contingente que Martti Koskeniemi chama a atenção dos internacionalistas ao reexaminar a questão da indeterminação no novo epílogo de *From apology to utopia*. Nos dizeres do autor: “In any institutional context, there is always such a structural bias, a particular constellation of forces that relies on some shared understanding of how the rules and institutions should be applied.” (KOSKENNIEMI, 2005, p. 608).

¹⁰Como afirma Martti Koskeniemi (2009, p. 11): “Each such vocabulary is likely to highlight some solutions, some actors, some interests. None of them is any ‘truer’ than the others. Each renders some aspect of the carriage visible, while pushing other aspects into the background, preferring certain ways to deal with it, at the cost of other ways. What is being put forward as significant and what gets pushed into darkness is determined by the choice of the language through which the matter is looked at, and which provides the basis for the application of a particular kind of law and legal expertise.”

Assim, como será visto mais adiante neste capítulo, a CIDH coloca luz justamente sobre a questão da proteção dos direitos humanos enquanto complexo de regras universais e inderrogáveis que determina um dever estatal inequívoco de julgar violações. Nesse sentido, esse dever prevaleceria de forma absoluta em decorrência das violações perpetradas durante regimes autoritários na América Latina.

O aspecto obscurecido pela corte é a possibilidade de as comunidades nacionais decidirem de forma diferente, optando por não julgar em âmbito criminal as violações de direitos humanos em prol de uma transição pacífica para um regime diverso. As duas possibilidades envolvem aspectos positivos e negativos, perdas e ganhos que devem ser levados em consideração para analisar o processo de transição política na América Latina.

A existência de tratados internacionais como instrumentos fundantes do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, enquanto fundamento jurídico para as obrigações dos Estados e para o caráter vinculante das decisões da CIDH, poderia tornar a discussão menos importante do ponto de vista do consensualismo. Afinal, os Estados-partes ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/ Pacto de San Jose da Costa

Rica, consentindo com o estabelecimento do sistema interamericano e com a atuação da CIDH – para aqueles Estados que reconheceram a competência da corte.¹¹

No entanto, para além da afirmação do princípio *pacta sunt servanda*, a atuação da CIDH atribui um sentido específico aos termos estabelecidos na Convenção Americana ao decidir os casos concretos que lhe são submetidos para análise. A afirmação de incompatibilidade das leis de anistia de Estados-partes na convenção é uma construção interpretativa da corte, uma vez que a convenção não possui dispositivo específico que determine como dever dos Estados-partes julgar violações de direitos humanos.

Para possibilitar a discussão a respeito do conflito normativo entre regras universais e capacidade local para agir, faz-se necessária a compreensão do posicionamento jurisprudencial da corte nos casos que envolveram a análise de anistias nacionais, com o desenvolvimento do chamado “critério interamericano sobre anistias”. Passa-se, assim, à análise da construção desse critério pela jurisprudência da CIDH.

¹¹Relativamente à influência da atuação da CIDH na América Latina, em novembro de 2009 foi realizado congresso na sede do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional, em Heidelberg, para buscar discutir o desenvolvimento de um *ius constitutionale commune* na América Latina. Às contribuições ao congresso foram adicionados estudos de juristas latino-americanos, e os textos foram publicados posteriormente na obra em dois tomos denominada *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Segundo os organizadores da obra, a ideia seria contribuir para a discussão a respeito da integração jurídica em um diálogo constitucional transnacional, assumindo o papel fundamental da justiça constitucional nas democracias contemporâneas. BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. 2 v. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/resulib.htm>>. Acesso em: 4 jul. 2011. Essa publicação eletrônica foi antecedida por outro congresso, promovido em dezembro de 2007 também pelo Instituto Max Planck, a respeito do direito de integração sul-americano e seu contexto. Os textos apresentados nessa ocasião foram publicados posteriormente: BOGDANDY, Armin von; ARROYO, César Landa; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Eds.) *¿Integración suramericana a través del Derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. (Cuadernos y Debates, 197). Ressalte-se que a perspectiva deste trabalho é diversa, já que não se pretende discutir o referido processo de internacionalização da justiça constitucional, tampouco analisar os arranjos de integração da América Latina. No entanto, o que se quer ressaltar é a importância atribuída à CIDH, nas obras referidas, como possível corte constitucional da América Latina. Há até mesmo artigo que debate justamente a atuação da corte nos casos relacionados às anistias nacionais, tema abordado no presente capítulo. Segundo Christina Binder (2010, p. 161), a CIDH adota um enfoque radicalmente monista para a relação entre direito internacional e direito interno ao determinar o efeito direto de suas decisões sobre leis de anistia. Como tais leis carecem de efeitos jurídicos, os tribunais nacionais devem efetuar um controle de convencionalidade descentralizado, não aplicando as leis internas contrárias à Convenção Americana. Ainda segundo Binder, o dinamismo da CIDH na matéria a tornaria, *de facto*, a corte constitucional latino americana de direitos humanos. Sobre a constitucionalização do direito interamericano, ver também HENNEBEL, Ludovic. *La Cour Interamericaine des Droits de l'Homme: entre particularisme et universalisme*. In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2009. p. 75-119.

2.1 As decisões da CIDH sobre a compatibilidade entre as leis de anistia dos Estados-partes e a Convenção Americana

A análise dos casos relacionados a leis de anistia¹² dos Estados-partes na Convenção Americana julgados até o presente momento pela CIDH deve ser feita em perspectiva, isto é, considerando-se o desenrolar da jurisprudência da corte em seus mais de trinta anos de existência.

Nesse sentido, além do debate sobre os casos diretamente relacionados às leis de anistia nacionais, outros casos serão mencionados nesta seção do texto para que seja possível compreender o posicionamento alcançado pela corte no caso *Barrios Altos* em 2001, o primeiro a tornar sem efeitos jurídicos legislação nacional de anistia.

O primeiro caso julgado pela corte com decisão de mérito, relativamente à sua competência contenciosa, no final da década de 1980, o caso *Velásquez Rodríguez* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1987, 1988, 1989, 1990),¹³ deve ser mencionado, pois nele foram estabelecidas as bases no que tange ao alcance da responsabilidade internacional dos Estados-partes perante a convenção.

Em especial, o caso *Velásquez Rodríguez* estabeleceu a abordagem ampla da CIDH para caracterização da responsabilidade estatal internacional. Vale mencionar que, mesmo não tendo determinado a obrigação de o Estado demandado investigar e julgar os fatos relacionados ao caso na parte dispositiva da sentença, mas somente no decorrer dos

¹²Até o momento, a menção a “leis de anistia” ou “anistias nacionais” tem sido feita de forma genérica neste trabalho, sem diferenciação entre as chamadas autoanistias e anistias. Como será visto nesta primeira seção do texto, a jurisprudência da CIDH considerou como autoanistia as legislações do Peru, Chile e Brasil, afirmando que nesses países a anistia foi estabelecida pela própria autoridade que cometera violações de direitos humanos. No entanto, em sua decisão mais recente, proferida em relação ao Uruguai no caso *Gelman*, a corte deixou de fazer essa distinção e afirmou que: “La incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’ y ello en atención, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la ley de amnistía, a su ratio legis: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011, par. 229). Assim, para manter coerência com o desenvolvimento da jurisprudência da corte, a expressão “autoanistia” será utilizada na discussão dos casos *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* e *Gomes Lund*. No entanto, vale registrar que somente em decisão recente a CIDH passou a igualar expressamente as duas hipóteses de anistia.

¹³Vale esclarecer que, nos primeiros casos submetidos ao julgamento da CIDH, mais de uma decisão da corte foi proferida para uma mesma demanda. Em muitos casos julgados inicialmente pela corte, havia uma decisão para cada etapa do procedimento – exceções preliminares, mérito e reparações e custas. Às vezes, decisões sobre pedidos de interpretação também eram proferidas separadamente, como ocorreu no caso *Velásquez Rodríguez*. Casos mais recentes apreciados pela CIDH condensam em uma única manifestação escrita todas as decisões relativas às etapas do procedimento.

fundamentos da decisão, o entendimento alcançado pela corte a respeito do artigo 1.1 da Convenção Americana foi fundamental para afirmação posterior do “critério interamericano sobre anistias”.

O caso *Velásquez Rodríguez* tratou do desaparecimento forçado do estudante Angel Manfredo Velásquez Rodríguez. O estudante teria sido violentamente sequestrado por agentes do Estado hondurenho em 12 de setembro de 1981, sem prévia ordem judicial de prisão, detido ilegalmente por tais agentes e desaparecido desde então.

O artigo 1.1 da Convenção Americana atribui aos Estados-partes um dever geral de respeitar e garantir os direitos humanos estabelecidos na convenção.¹⁴ Ao decidir sobre o caso de desaparecimento forçado de Velásquez Rodríguez em Honduras, a CIDH afirmou que toda violação de direitos humanos previstos na Convenção Americana, tais como o direito a vida, liberdade pessoal, integridade pessoal etc., estaria relacionada ao dever geral previsto no artigo 1.1 (CORTE INTERAMERICANA, 1988, par. 162).

Para a corte, a obrigação de respeitar e garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgotaria na existência de uma ordem normativa que tornasse possível o cumprimento dessa obrigação, mas incluiria condutas governamentais que assegurassem a existência de uma garantia eficaz nesse sentido (CORTE INTERAMERICANA, 1988, par. 167).

Foi afirmado pela corte o princípio de direito internacional segundo o qual um Estado é responsável pelos atos praticados por seus agentes com o amparo de seu caráter oficial ou pelas omissões desses agentes, ainda que tal ação ou omissão se dê para além dos limites de sua competência ou em violação ao direito interno (CORTE INTERAMERICANA, 1988, par. 170). Esse princípio, segundo a corte, estaria totalmente adequado à sistemática da Convenção Americana, pois esta se tornaria completamente ilusória se a responsabilidade internacional do Estado fosse considerada de forma diversa (CORTE INTERAMERICANA, 1988, par. 171).

Ademais, continuou a corte, por força do disposto no art. 1.1 da convenção, os Estados-partes seriam obrigados a prevenir, investigar e condenar violações de direitos

¹⁴“Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

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

humanos ligadas não somente a atos ou omissões que lhes são imputáveis diretamente, mas também a atos de particulares e na hipótese de não ser identificado o autor da violação, em virtude da ausência da devida diligência estatal para prevenir violações. Assim, se o Estado tolera violações de direitos humanos sem que promova as investigações necessárias para esclarecer essas situações, restando impunes seus autores e não restituindo à vítima o pleno gozo de seus direitos, deve esse Estado ser responsabilizado perante a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA, 1988, par. 172-175).

Restou definido, portanto, o amplo alcance do artigo 1.1 da convenção e as diversas possibilidades de imputação de responsabilidade aos Estados em casos de violação dos direitos previstos na convenção. Em especial, afirmou-se o dever do Estado-parte de investigar e julgar violações de direitos humanos – mesmo que essa afirmação não tenha sido incluída na parte dispositiva da decisão de mérito no caso *Velásquez*. Nesse sentido, a obrigação de respeitar direitos, disposta de forma genérica no artigo 1.1 da convenção, passou a compreender o dever do Estado de investigar e julgar qualquer violação de direitos humanos. Além disso, vale ressaltar que a Convenção Americana não possui dispositivo específico que determine um dever de julgamento (*duty to prosecute*) aos Estados-partes.¹⁵

O segundo caso importante a ser mencionado é o chamado *El Amparo* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1995a, 1996a, 1997a), decidido pela CIDH em relação à Venezuela. A menção ao caso *El Amparo* se faz necessária tendo em vista o entendimento da corte a respeito da compatibilidade de legislação nacional perante o disposto na Convenção Americana – entendimento que foi alterado posteriormente nas decisões relacionadas às anistias nacionais.

Em outubro de 1988, dezesseis pescadores residentes no povoado El Amparo dirigiam-se para o canal La Colorada para uma pescaria quando foram atacados por militares venezuelanos, que no momento realizavam a operação Anguila III. Catorze pescadores foram mortos pelos militares e dois conseguiram sobreviver ao ataque. A Venezuela reconheceu sua responsabilidade internacional pela morte dos pescadores e não contestou os fatos alegados na petição submetida pela comissão à corte.

¹⁵Fernando Felipe Basch (2007, p. 202) sublinha a extensão que o dever de investigar e julgar violações de direitos humanos alcançou com a decisão no caso *Velásquez*. Segundo Basch, a argumentação desenvolvida nesse caso permite afirmar que toda e qualquer violação de direitos humanos deve ser investigada e julgada, não somente as violações mais graves: “Thus, the Inter-American Court’s language suggests a broader scope for the doctrine, maintaining that the doctrine is applicable to any violation of the rights protected by the American Convention.”

No caso *El Amparo*, a Comissão Interamericana requereu à corte que determinasse a reforma do artigo 54 do Código Militar venezuelano enquanto reparação não pecuniária. Segundo a Comissão Interamericana, esse dispositivo seria incompatível com a convenção por facultar ao presidente da República a não abertura de investigações em foro militar por razões de interesse nacional identificadas pelo próprio presidente. Nesse mesmo sentido, o presidente teria competência para arquivar qualquer investigação em foro militar se assim julgasse apropriado. A Comissão Interamericana afirmou a incompatibilidade do artigo 54 do Código Militar venezuelano justamente por considerar que esse dispositivo impede a devida investigação dos fatos e a efetiva punição dos militares envolvidos no ataque aos pescadores.

A corte não acatou o pedido formulado pela Comissão Interamericana alegando que o artigo 54 não teria sido aplicado no caso em questão. Segundo a CIDH (1996a, par. 58, tradução nossa), “[...] As autoridades militares iniciaram e deram seguimento a um processo contra os responsáveis no caso *El Amparo* e o Presidente da República nunca ordenou o arquivamento ou suspensão do processo.”¹⁶

A corte (1994a) sustentou sua argumentação apresentando o teor da opinião consultiva OC-14/94, proferida no âmbito de sua competência consultiva. De acordo com essa opinião, a corte não deve se pronunciar em abstrato sobre a legislação interna dos Estados-partes na convenção.¹⁷ Como no caso *El Amparo* teria ficado comprovado que o artigo 54 não fora aplicado pelo presidente da República da Venezuela, não seria competência da corte pronunciar-se a respeito do Código Militar daquele país.

Essa decisão da corte no caso *El Amparo* não foi unânime, e o voto dissidente do juiz brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade ofereceu uma interpretação diversa para a questão da compatibilidade entre a legislação interna e a Convenção Americana.¹⁸ Essa interpretação foi adotada pela CIDH posteriormente, em 2001, no já mencionado caso *Barrios*

¹⁶“Las autoridades militares iniciaron y siguieron un proceso contra los responsables del caso El Amparo y el Presidente de la República nunca ordenó que no se siguiera proceso ni que se sobreseyera.”

¹⁷Afirma-se na referida opinião consultiva: “La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1994a, par. 49).

¹⁸Vale sublinhar que, nos termos do artigo 66.1 da Convenção Americana (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), se a decisão não representar no todo ou em parte a posição unânime dos julgadores, qualquer juiz poderá anexar à decisão seu voto dissidente ou seu voto fundamentado.

Altos. Nesse sentido, o posicionamento do juiz Trindade parece ter sido um elemento importante para uma mudança de posição da corte relativamente à análise de compatibilidade entre a lei nacional e a convenção.¹⁹

Na decisão sobre o pedido de interpretação da sentença sobre reparações e custas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997a) – pedido feito pela Comissão Interamericana à corte justamente sobre a aplicação do artigo 54 do Código Militar venezuelano no caso *El Amparo* –, o juiz Trindade juntou voto dissidente retomando argumentação semelhante desenvolvida no caso *Caballero Delgado* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994b, 1995b, 1997b) – a mesma argumentação foi desenvolvida posteriormente no caso *Genie Lacayo* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1995c, 1997c, 1997d).

Segundo o juiz brasileiro, a CIDH teria dado um grande passo ao determinar com clareza o alcance das obrigações estatais fixadas pelo artigo 1.1 da Convenção Americana (conforme discutido no caso *Velásquez Rodríguez*). No entanto, a sua posição é de que a corte deveria dar um novo passo em sua jurisprudência e afirmar a incompatibilidade *per se* entre uma lei nacional de um Estado-parte e a Convenção Americana, sem que haja a necessidade de efetiva aplicação de tal legislação ao caso concreto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997a, Voto Dissidente Trindade, par. 9-14).

Ou seja, para o juiz Trindade, não haveria que se esperar a ocorrência de uma violação de direitos humanos por parte de um Estado, violação baseada na aplicação de legislação nacional. O dever de prevenção dos Estados-partes na convenção, já determinado por força da interpretação atribuída ao artigo 1.1, incluiria harmonizar a legislação interna ao disposto na Convenção Americana. Nesse sentido, a mera promulgação de uma lei interna contrária ao

¹⁹É mencionada a força dos argumentos do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, pois ele nunca deixou de apresentar e esclarecer sua argumentação, mesmo sendo voto vencido em vários julgados anteriores ao caso *Barrios Altos*. Veja-se, a esse respeito, a afirmação do juiz Trindade no caso *El Amparo*: “Así siendo, me veo en la obligación de también sostener mi disidencia sobre dicha autolimitación de la Corte. Mas allá de la sola determinación de los hechos, permítome, fiel a mi posición, retomar y desarrollar los argumentos en cuanto al derecho, expuestos en mis Votos Disidentes en los casos *El Amparo* (Reparaciones, Sentencia del 14 de septiembre de 1996) y *Caballero Delgado y Santana* (relativo a Colombia, Reparaciones, Sentencia del 29 de enero de 1997). Parafraseando Ionesco, *je ne capitule pas...*” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997a, Voto Dissidente Trindade, par. 8, grifos do autor).

disposto na Convenção Americana caracterizaria um ilícito internacional e tornaria responsável o Estado-parte.²⁰

Mesmo sendo possível mencionar o princípio *pacta sunt servanda* para explicar o dever de prevenção dos Estados-partes – o que inclui adequar sua legislação interna aos dispositivos da Convenção Americana, conforme expressamente estabelecido pelo artigo 2 desta –,²¹ deve-se ressaltar que o posicionamento específico do juiz Trindade foi minoritário na jurisprudência da CIDH até 2001 (data de julgamento do caso *Barrios Altos*).

Por mais que uma regra expressa em tratado internacional (artigo 2 da Convenção Americana) estabeleça que os Estados-partes têm o dever de adotar as medidas internas necessárias para garantir a efetividade dos direitos previstos nesse documento, é somente por meio da análise de um caso que esse dever se torna concreto. O que efetivamente estaria incluído nesse dever de adequar a legislação interna à Convenção Americana? Revogação formal de todas as leis nacionais contrárias à convenção? Ou a não aplicação de tais leis contrárias, desde que devidamente comprovada pelo Estado, já seria uma atuação suficiente nos termos do quanto estabelecido no artigo 2 da Convenção Americana? Esse dever tornaria a CIDH órgão competente para tornar sem efeitos jurídicos a legislação interna dos Estados-partes na convenção na hipótese de os Estados não operarem essa adequação?

²⁰Nesse sentido, afirma o juiz brasileiro: “Un Estado puede, por consiguiente, tener su responsabilidad internacional comprometida, a mi modo de ver, por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones internacionales convencionales de protección, o por la no-adequación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones, o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a éstas últimas. *Es llegado el tiempo de dar precisión al alcance de las obligaciones legislativas de los Estados Partes en tratados de derechos humanos*. El *tempus commisi delicti* es, en mi entendimiento, el de la aprobación y promulgación de una ley que, *per se*, por su propia existencia, y su aplicabilidad, afecta los derechos humanos protegidos (en el contexto de un determinado caso concreto, ante la *existencia de víctimas* de violaciones de los derechos protegidos), sin que sea necesario esperar por la aplicación subsiguiente de esta ley, generando un daño adicional.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997a, Voto Dissidente Trindade, par. 22, grifos do autor).

²¹“Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

Para Trindade, a resposta à última questão deve ser positiva; e esse dever dos Estados-partes, que no caso *El Amparo* foi denominado dever de prevenção, teria como fundamento a responsabilidade internacional objetiva do Estado.²²

Como dito anteriormente, a argumentação exposta é minoritária no caso *El Amparo*. Nesse passo, vale mencionar argumentação desenvolvida em sentido contrário pelo juiz Rafel Nieto Navia, em seu voto dissidente no caso *Caballero Delgado* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1995b). Segundo esse juiz, a teoria da responsabilidade internacional objetiva do Estado não seria aceita pela prática atual dos Estados em âmbito internacional, o que poderia ser verificado pelo teor dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre responsabilidade internacional dos Estados.²³

Pode-se perceber que a interpretação atribuída aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana é determinante para a compreensão da amplitude da responsabilidade

²²Segundo o juiz brasileiro: “En contrapartida, una corriente de pensamiento históricamente más reciente, identifica la base o fuente de la propia responsabilidad internacional del Estado en el elemento objetivo del *riesgo* (*absolute liability/responsabilité absolue*). Es esta la tesis que me parece capaz de fundamentar conceptualmente el *deber de prevención* o de debida diligencia por parte de los Estados, para evitar violaciones de los derechos humanos *tanto por actos como por omisiones* a ellos imputables.

Es esta, a mi modo de ver, la tesis que mejor atiende al interés común y superior de los Estados Partes en tratados de derechos humanos de salvaguardar tales derechos, y la que mejor refleja el *carácter objetivo* de las obligaciones convencionales de protección por ellos contraídas. Es la tesis que, si aceptada ampliamente en el presente dominio de protección, podrá estrechar los lazos de solidaridad *entre* los Estados y *dentro* de los mismos, tendientes a maximizar la observancia de los derechos humanos. Cabe desarrollar su considerable potencial de aplicación.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997a, Voto Dissidente Trindade, par. 16-17, grifos do autor).

²³“Son bien conocidas de los estudiosos las teorías sobre responsabilidad internacional de los Estados que han ido evolucionando desde la *teoría de la falta* de Grocio, en la que se atribuyen al Estado elementos psicológicos propios de los seres humanos, producto de la identidad, en boga en aquella época, del Estado con su gobernante, hasta la de la *falta de cumplimiento* en la que los hechos generadores de responsabilidad no solamente deben ser ilícitos sino imputables al Estado, pasando por aquella *teoría del riesgo* de acuerdo con la cual la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el acto del Estado sería suficiente para generar su responsabilidad. Los trabajos de codificación adelantados en el seno de la Comisión de Derecho Internacional no aceptan esta última tesis y exigen como presupuesto para atribuir al Estado responsabilidad internacional, la imputabilidad.

Tampoco en la suscripción de tratados de derechos humanos los Estados han llegado a aceptar que la mera relación de causalidad entre el acto del Estado y la violación de un derecho protegido genere su responsabilidad internacional. Por esa razón, el análisis del caso *sub judice* no puede apartarse de lo que son esos derechos y de lo que son las obligaciones que los Estados asumieron en los artículos 1.1 y 2 de la Convención, tal como los ha interpretado esta Corte, cuando de aplicar la jurisdicción internacional que ésta contempla se trata.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1995b, Voto dissidente Navia, p. 2, grifos do autor).

internacional dos Estados-partes perante a Convenção Americana e para a compreensão dos limites de atuação da CIDH.²⁴

Ressalte-se que a mera leitura desses dispositivos não permite estabelecer, com clareza, o seu alcance. Ao contrário, é justamente por meio de atividade interpretativa que se estabelece o sentido desses dispositivos, já que seu conteúdo não está objetivamente definido.²⁵

O terceiro caso importante a ser mencionado é o chamado caso *Blake* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1996b, 1998a, 1999a, 1999b). Nicholas Chapman Blake, jornalista estadunidense, viajou em março de 1985 para a aldeia El Llano, na Guatemala, para realizar reportagem sobre a guerrilha naquele país. No dia de sua chegada, Blake foi detido por uma patrulha guatemalteca e levado para Los Campamentos, onde teria sido executado pelos oficiais. Blake restou desaparecido até seus restos mortais serem finalmente localizados em 1992.

O caso *Blake* discutiu, entre outros pontos, a competência *ratione temporis* da CIDH, reconhecida pela Guatemala somente para julgamento de fatos posteriores a março de 1987. Mesmo tendo reconhecido o caráter continuado da violação de desaparecimento forçado, a corte declarou-se incompetente para analisar a responsabilidade da Guatemala pela morte da vítima. Nesse sentido, a exceção preliminar apresentada pelo Estado demandado foi

²⁴Esse entendimento é compartilhado por Ludovic Hennebel e Hélène Tigroudja (2009, p. 4), organizadores de uma obra coletiva sobre o denominado “particularismo interamericano”: “Le particularisme résidant essentiellement non pas dans le texte conventionnel adopté en 1969 et qui s’inspire, dans une très large mesure, des instruments de protection des droits de l’homme antérieurs (Déclaration universelle des droits de l’homme, Convention européenne des droits de l’homme, Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels), mais dans l’interprétation et l’application qui en sont faites par la Cour et dans une moindre mesure par la Commission, les contributions au présent ouvrage visent en effet à illustrer comment [...] la spécificité du droit interaméricain se manifeste.”

²⁵A questão da interpretação é abertamente discutida por Trindade no caso *El Amparo*: “La interpretación seguida por la Corte en casos contenciosos recientes (*El Amparo*, *Caballero Delgado y Santana*, *Genie Lacayo*) se basa, a mi modo de ver, en una autolimitación, para mi incomprendible, del alcance de sus propias facultades de protección. Nada hay en la Convención Americana, ni tampoco en el Estatuto o Reglamento de la Corte, que determine que dicha autolimitación sea la única interpretación posible del alcance de sus facultades a la luz de los instrumentos jurídicos que rigen su funcionamiento. Todo al contrario, la interpretación que firmemente sostengo, autorizada por el Estatuto y el Reglamento de la Corte, es la que me parece mejor reflejar la letra y el espíritu de la Convención Americana.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997a, Voto Dissidente Trindade, par. 29, grifos do autor).

parcialmente aceita pela corte, que afirmou ter competência para analisar somente os fatos posteriores ao reconhecimento desta pela Guatemala.²⁶

Feitas tais observações, nenhuma outra consideração foi apresentada pela corte a respeito da morte do jornalista no caso em pauta. A argumentação da corte no caso *Blake* é importante para o estudo que será feito, ainda neste capítulo, sobre o caso *Almonacid Arellano*, que envolveu a análise de compatibilidade entre a lei de anistia chilena e a Convenção Americana em uma situação em que a CIDH também não possuía competência *ratione temporis*.

O juiz Trindade apresentou votos fundamentados nas decisões sobre exceções preliminares e mérito no caso *Blake*, discutindo justamente o posicionamento majoritário adotado pela corte a respeito de sua competência *ratione temporis*. Mesmo tendo votado a favor da decisão final da corte, o juiz brasileiro discordou da fundamentação utilizada pela CIDH ao determinar a responsabilidade da Guatemala no caso.²⁷

Vale ressaltar que o juiz Trindade não considerou a limitação temporal de competência da corte – efetuada pela Guatemala e expressamente prevista no artigo 62.2 da convenção —²⁸

²⁶Os trechos a seguir são transcritos tendo em vista a sua importância para comparação com o argumento desenvolvido pela CIDH posteriormente no caso *Almonacid Arellano*: “La Corte señala que la detención del señor Nicholas Blake, a partir de la cual se dio inicio a su desaparición forzada, fue un acto que se consumó el 28 ó 29 de marzo de 1985, es decir, antes de la fecha del reconocimiento por Guatemala de la competencia de la Corte. Como en su sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996 la Corte decidió que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a aquella fecha de reconocimiento de su competencia (9 de marzo de 1987), la Corte considera que no puede pronunciarse sobre la detención del señor Nicholas Blake de conformidad con el artículo 7 de la Convención Americana.

[...]

La Corte advierte que la muerte del señor Nicholas Blake, que ocurrió durante su desaparición forzada, fue un acto que se consumó, de acuerdo con algunas declaraciones testimoniales y el certificado de defunción (*supra* párr. 52. a) y m)) el día 28 ó 29 de marzo de 1985, es decir, antes de la fecha del reconocimiento por Guatemala de la competencia de la Corte. Como en la sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996 se decidió que sólo tiene competencia para pronunciarse sobre los efectos y los hechos posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia (9 de marzo de 1987), este Tribunal considera que no puede pronunciarse sobre la muerte del señor Nicholas Blake de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, par. 82 e 86).

²⁷Mais uma vez pode ser percebida a ativa participação do juiz Trindade nos julgamentos da CIDH. O juiz brasileiro não poupou esforços para elucidar seu posicionamento, esclarecer seus argumentos, mesmo tendo votado a favor de decisões finais da corte, como verificado no caso *Blake*. Vários foram os votos fundamentados e dissidentes juntados às decisões nos doze anos em que o jurista atuou como juiz da corte.

²⁸ “Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969).

como uma reserva a um tratado internacional, nos termos do disposto na seção 2, parte 2, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1969). Para ele, tratar-se-ia de uma limitação de competência da corte *ratione temporis*, eis que os pressupostos do direito dos tratados não seriam apropriados para dar conta do propósito básico de proteção dos direitos da pessoa humana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1996b, Voto Fundamentado Trindade, par. 12-13).

Segundo o juiz Trindade, a argumentação da CIDH não deveria ter tido como foco as datas da morte do jornalista Nicholas Blake e da aceitação da competência da corte pela Guatemala, mas sim a natureza da violação de direitos humanos envolvida no caso. Enquanto desaparecimento forçado, trata-se de violação múltipla e continuada de direitos humanos, com efeitos que se perpetuam no tempo.²⁹

Trindade aprofundou suas considerações relacionadas à especialidade do direito internacional dos direitos humanos à luz do direito dos tratados em seu voto fundamentado adicionado à decisão de mérito no caso *Blake* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998a, Voto Fundamentado Trindade, par. 16-22).

Nesse sentido, o direito dos tratados, com base voluntarista ou contratualista, seria absolutamente inadequado para lidar com a especificidade dos tratados de direitos humanos, instrumentos fundados em valores superiores comuns. Para salvaguardar a integralidade desses tratados, seria necessária uma revisão dos dispositivos do “direito de Viena” – o direito dos tratados, segundo Trindade –, de forma que seriam os órgãos internacionais de supervisão dos tratados de direitos humanos, e não mais os Estados, os responsáveis pela análise de compatibilidade de reservas e denúncias efetuadas em tratados de direitos humanos. Segundo Trindade, essa revisão se explica justamente pelo caráter especial do direito internacional dos direitos humanos. Nesse campo, os tratados criariam obrigações de proteção de caráter objetivo, sem qualquer restrição temporal.

²⁹“Digo esto porque, a mi modo de ver, el énfasis de esta Sentencia de la Corte sobre excepciones preliminares debía recaer, no en la espada de Damocles del día 09 de marzo de 1987, fecha en que se sometió Guatemala a la jurisdicción de la Corte (que hay que aceptar como una limitación *ratione temporis* de competencia de ésta, dado el actual grado de evolución insuficiente de los preceptos del derecho de los tratados para la realización del propósito básico de protección eficaz de los derechos humanos), sino más bien en la naturaleza de las presuntas violaciones múltiples e interrelacionadas de derechos humanos protegidos, y prolongadas en el tiempo, de que se trata en el presente caso de desaparición.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1996b, Voto Fundamentado Trindade, par. 12, grifos do autor).

Essa argumentação permitiria à CIDH analisar a violação de desaparecimento forçado sem fragmentá-la em dois momentos: anterior e posterior ao reconhecimento de competência da corte pela Guatemala – uma fundamentação mais adequada ao escopo e propósito do direito internacional dos direitos humanos, segundo Trindade. No entanto, essa fundamentação só foi plenamente adotada pela corte em 2006, no caso *Almonacid Arellano*, como será visto mais adiante.

Feitas essas menções preliminares, passa-se à análise dos casos estreitamente relacionados à compatibilidade entre leis de anistia dos Estados-partes e a Convenção Americana. O primeiro caso em que a CIDH empreendeu essa análise e tornou sem efeitos legislação interna de autoanistia foi o caso peruano de *Barrios Altos* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, 2001b, 2001c), julgado em 2001 pela corte.³⁰

Em 3 de novembro de 1991, por volta das dez horas da noite, seis indivíduos fortemente armados invadiram uma casa no bairro de Barrios Altos em Lima, Peru, na qual ocorria uma festa. Esses indivíduos chegaram ao local em veículos com luzes policiais, as quais foram apagadas, invadiram o imóvel, mandaram que todos se deitassem no chão e, por alguns minutos, metralharam todos os participantes da festa. Quinze pessoas foram mortas e quatro sobreviveram. As investigações judiciais revelaram que os indivíduos que invadiram a casa em Barrios Altos eram membros do exército peruano, integrantes de um grupo chamado Colina, que idealizava e executava por conta própria um programa antissubversivo durante o governo do presidente Alberto Fujimori.

Após uma tentativa de retirar seu instrumento internacional de reconhecimento de competência da CIDH, o Peru reconheceu sua responsabilidade internacional no caso *Barrios Altos*. Em seu reconhecimento de responsabilidade, o Peru afirmou a dificuldade para lidar com os obstáculos jurídicos internos que se concretizam na sua legislação de autoanistia e, assim, justificou sua atuação no sentido de celebrar um acordo com as vítimas e seus familiares no presente caso.

³⁰Sublinhe-se que a legislação peruana de autoanistia foi expressamente debatida pela CIDH em casos anteriores à decisão de 2001, nos casos *Castillo Páez* e *Loayza Tamayo*. O primeiro versou sobre desaparecimento forçado e o segundo, sobre detenção arbitrária. No entanto, nesses dois casos a corte não tornou sem efeitos a legislação de autoanistia peruana, mas apenas mencionou de forma breve seu caráter problemático para a investigação de violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1996c, 1997e, 1998b, 1996d, 1997f, 1998c, 1998d, 1999c).

O posicionamento inovador adotado pela CIDH no caso *Barrios Altos* constitui-se precisamente em afirmar serem inadmissíveis todas as disposições de anistia, disposições que estabeleçam a prescrição de crimes e disposições que estabeleçam excludentes de responsabilidade. Essas disposições foram consideradas inadmissíveis por possuírem como objetivo impedir a investigação e o julgamento dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execução extrajudicial e desaparecimento forçado, todas condutas proibidas enquanto violações de direitos inderrogáveis, assim reconhecidos pelo direito internacional (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, par. 41-44).

Segundo a corte, a legislação de autoanistia peruana violou os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, em conjunto com os artigos 8 e 25 desta, os quais tratam da garantia e proteção judiciais, respectivamente. Tal legislação impediu a identificação dos violadores de direitos humanos na medida em que obstruiu a investigação e o acesso à justiça. As vítimas e seus familiares ficaram impedidos de saber a verdade sobre o ocorrido, além de não poder receber a devida reparação pelos danos causados em virtude das violações de direitos humanos.³¹

Do exposto acima, pode-se perceber a importante alteração na jurisprudência da CIDH. Antes da decisão em *Barrios Altos*, a análise de compatibilidade de legislação nacional estaria vinculada à sua efetiva aplicação ao caso concreto. No presente caso, a corte desconsiderou essa condição e se manifestou sobre o caráter violatório *per se* das leis de autoanistia dos Estados-partes.

Vale esclarecer que, no caso *Barrios Altos*, as leis peruanas de autoanistia n. 26.479/95 e 26.492/95 foram efetivamente aplicadas, resultando no arquivamento do procedimento penal peruano de investigação dos fatos em 14 de julho de 1995.³²

Mesmo com a aplicação das leis de autoanistia, a argumentação da corte no caso *Barrios Altos* pareceu não mais considerar esse fato como requisito fundamental,

³¹Nesse sentido: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, par. 44).

³²Afirma-se, na exposição dos fatos no caso *Barrios Altos*, que a aprovação das leis de autoanistia pelo poder legislativo peruano esteve intimamente relacionada ao início das investigações sobre o caso pelo judiciário peruano (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, par. 2, (h) e (i)).

diferentemente do que ocorreu em casos anteriores, tal como visto em *El Amparo*. A argumentação da corte em *Barrios Altos* se desenvolveu de maneira diversa, no sentido de afirmar a incompatibilidade *per se* das referidas leis peruanas porque elas impediriam a investigação dos fatos e o julgamento dos responsáveis pelas violações de direitos humanos.

O juiz Trindade juntou voto concorrente à decisão de mérito com o objetivo de esclarecer alguns pontos da referida sentença, tendo em vista a relevância das questões jurídicas tratadas no caso *Barrios Altos*, segundo o juiz brasileiro.

Para além de meramente reafirmar o conteúdo da sentença de mérito, o juiz Trindade desenvolveu argumentação que sustenta o caráter universal dos direitos humanos e sua supremacia em relação ao direito interno e à própria atuação dos Estados. Assim, para Trindade, o *corpus juris* do direito internacional dos direitos humanos seria o critério superior a ser considerado para analisar a adequação da legislação interna dos Estados. O direito internacional dos direitos humanos, ao envolver valores superiores, como verdade e justiça, teria o condão de tornar sem efeitos jurídicos leis de autoanistia nacionais, mesmo que, no âmbito interno, não exista qualquer discussão sobre a legalidade de tais disposições (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 6).

Seguindo em seus argumentos, Trindade especificou a afirmação feita na decisão de mérito em *Barrios Altos* no sentido de que as leis de autoanistia peruana envolveriam violações a direitos inderrogáveis. Para o juiz brasileiro, violações ao direito à vida e à integridade pessoal afetariam regras internacionais de *jus cogens*, o mínimo universalmente reconhecido (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 10).

A questão do *jus cogens* e sua relação com as violações de direitos humanos empreendidas pelos regimes autoritários da América Latina foram aprofundadas nos julgados seguintes da corte sobre leis de anistia.

Por fim, Trindade defendeu ser possível verificar o despertar da consciência jurídica universal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 16) no âmbito da jurisprudência internacional, da prática dos Estados e das organizações internacionais e entre a doutrina jurídica mais lúcida. Para o juiz brasileiro, o direito internacional no século XXI poderia ser reorganizado não mais em bases “estatocêntricas”, mas com um novo fundamento antropocêntrico.

Para fundamentar sua argumentação, o juiz mencionou a jurisprudência das cortes regionais europeia e interamericana de direitos humanos, dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para Ruanda e Ex-Iugoslávia e a jurisprudência da própria Corte Internacional de Justiça, uma vez que, segundo Trindade, alguns casos decididos por esta teriam desenvolvido questões de humanidade (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 16).

Relativamente à prática dos Estados e das organizações internacionais, a ideia de uma consciência jurídica universal estaria presente nos debates do VI Comitê da Assembleia-Geral das Nações Unidas, nos trabalhos de codificação do direito internacional (segundo Cançado, o “direito de Viena”) e nos trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas. No que tange à doutrina mais lúcida de direito internacional, os debates do Institut de Droit International em 1929, durante a sessão de Nova York, já mencionavam que a soberania dos Estados deveria ser limitada por questões relacionadas ao bem comum da humanidade (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 16-18).

Por mais que a argumentação relacionada ao despertar da consciência jurídica universal não tenha sido expressamente adotada pela CIDH em seus julgados seguintes sobre leis de anistia, restaram lançadas as bases para o desenvolvimento de uma argumentação baseada no escopo universalista dos direitos humanos.

Na medida em que esses direitos envolveriam valores naturalmente ou objetivamente superiores, a atuação dos Estados passaria a ser limitada pela perspectiva do direito internacional dos direitos humanos, sem que existisse qualquer possibilidade de contra-argumentação. O posicionamento superior está dado *a priori*; ir contra ele passa a significar um erro, um claro equívoco.³³

³³Trindade encerra seu voto concorrente no seguinte sentido: “No hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no *viceversa*. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos. Los desarrollos contemporáneos *pari passu* del derecho de la responsabilidad internacional del Estado y del derecho penal internacional apuntan efectivamente en la dirección de la preeminencia del Derecho, tanto en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, como en las relaciones interindividuales (*Drittwirkung*). Hay que decirlo y repetirlo con firmeza, cuantas veces sea necesario: en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las llamadas “leyes” de autoamnistía no son verdaderamente leyes: no son nada más que una aberración, una afrenta inadmisibles a la conciencia jurídica de la humanidad.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2001a, Voto Concorrente Trindade, par. 26, grifos do autor).

O caso *Barrios Altos* estabeleceu um precedente na CIDH para análise de dispositivos de anistia de outros Estados-partes na Convenção Americana. O país seguinte a ter sua lei de autoanistia analisada foi o Chile, no caso *Almonacid Arellano* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a).

Em 16 de setembro de 1973, no início do regime militar no Chile, policiais capturaram o senhor Almonacid Arellano em sua residência. Após a captura, ainda nos arredores de sua casa, ele foi metralhado pelos referidos policiais. O senhor Almonacid morreu no dia seguinte, no Hospital Regional de Rancagua, para onde havia sido levado pelos policiais.

O caso *Almonacid Arellano* é bastante semelhante ao caso *Barrios Altos*, no entanto, a questão que desde logo chama a atenção é a competência da corte *ratione temporis* para analisar o caso, já que a morte em questão ocorreu em 1973 e o Chile reconheceu a competência da CIDH somente para fatos cujo princípio de execução tenha se verificado após 11 de março de 1990 – seguindo o disposto no já mencionado artigo 62.2 da Convenção Americana.

A Comissão Interamericana levou o caso à corte atribuindo ao Chile responsabilidade por diversas violações aos dispositivos da Convenção Americana. Segundo a Comissão Interamericana, tais violações foram perpetradas após o reconhecimento de competência da corte, ou seja, após 1990. Tais violações seriam: i) a outorga de competência à justiça militar para investigação do caso no âmbito interno; ii) a vigência do decreto-lei n. 2.191/78 (autoanistia chilena) posteriormente à entrada em vigor, no Chile, da Convenção Americana e iii) a aplicação de referido decreto-lei pelas autoridades militares. As alegadas violações teriam sido cometidas em prejuízo dos familiares do senhor Almonacid. Nesse passo, a demanda em análise pela CIDH não estaria relacionada à morte do senhor Almonacid, ocorrida em 1973, mas às violações de direitos humanos autônomas verificadas após 1990 – ainda que relacionadas à sua morte, ocorrida em 1973.

A corte afastou a exceção preliminar apontada pelo Chile relativamente à sua competência *ratione temporis* e declarou-se competente para se pronunciar sobre as violações mencionadas, acatando o posicionamento da Comissão Interamericana de que seriam violações autônomas de direitos humanos, todas relacionadas aos artigos 8 e 25 da convenção (garantia e proteção judiciais) e aos já mencionados artigos 1.1 e 2.

Dentre os argumentos apresentados pela corte para afirmar sua competência no caso *Almonacid Arellano*, vale destacar o entendimento a respeito da efetividade do decreto-lei n.

2.191/78. Segundo a CIDH, a corte não teria competência para declarar uma violação ao artigo 2 da Convenção Americana (dever de adotar medidas de direito interno) no momento em que o decreto-lei foi promulgado, em 1978. Nessa época, o Chile ainda não havia ratificado a convenção, de forma que a obrigação chilena de adequar sua legislação interna só nasceria a partir da ratificação, pelo Chile, do referido instrumento (fato ocorrido em 21 de agosto de 1990).³⁴

Feitas essas observações, poder-se-ia esperar da corte que analisasse as violações de direitos humanos ocorridas após 1990, conforme alegações da Comissão Interamericana. No entanto, a estratégia argumentativa da CIDH foi desenvolvida de forma diversa.

Para analisar as alegadas violações aos artigos 8 e 25, aliados aos artigos 1.1. e 2, a CIDH seguiu os seguintes etapas argumentativas: a) discutir a qualificação da morte do senhor Almonacid como crime contra a humanidade; b) em caso afirmativo, discutir se tal crime poderia ser anistiado; c) em caso negativo, discutir se o decreto-lei n. 2.191/78 previu uma anistia para o crime e se o Chile violaria a convenção ao manter vigente essa decreto-lei; e d) discutir se a aplicação dessa lei pelo judiciário chileno violaria os artigos 8 e 25.

Quanto à análise de fatos anteriores ao reconhecimento de competência da corte pelo Chile, afirmou a CIDH (2006a, par. 82, tradução nossa): “[...] Por outro lado, a corte deixa claro que os fatos descritos na alínea b) *infra*, relativos ao ocorrido antes da data de reconhecimento da competência da corte pelo Chile, servem unicamente como antecedentes para contextualizar os fatos apontados nas alíneas seguintes.”³⁵

A corte justificou sua abordagem mencionando um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o caso *Broniowski vs. Poland* (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, 2002, 2004).³⁶

³⁴Nas palavras da corte (2006a, par. 50): “En lo que se refiere a la vigencia del Decreto Ley No. 2.191, no puede alegarse que el principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se haya dado con la promulgación de éste en 1978, y que por ende la Corte no tiene competencia para conocer ese hecho. El principio de ejecución del supuesto incumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana se produce cuando el Estado se obligó a adecuar su legislación interna a la Convención, es decir, al momento en que la ratificó. En otras palabras, la Corte no tiene competencia para declarar una presunta violación al artículo 2 de la Convención al momento en que dicho Decreto Ley fue promulgado (1978), ni respecto a su vigencia y aplicación hasta el 21 de agosto de 1990, porque hasta ese momento no existía el deber del Estado de adecuar su legislación interna a los estándares de la Convención Americana. No obstante, a partir de esa fecha rige para Chile tal obligación, y esta Corte es competente para declarar si la ha cumplido o no.”

³⁵ “[...] Por otro lado, la Corte desea precisar que los hechos descritos en el literal b) *infra*, relativos a lo ocurrido con anterioridad a la fecha de ratificación de la competencia de la Corte por parte de Chile, únicamente sirven como antecedentes para contextualizar los hechos señalados en los literales siguientes.”

³⁶Nesse caso, a CEDH determinou compensações coletivas retroativas para violações que ocorreram antes da criação da corte, entre os anos 1940 e 1950 – a CEDH iniciou suas atividades em 1959.

Segundo a CEDH, mesmo que existam limites temporais para o exercício de suas atividades, fatos ocorridos antes da ratificação da Convenção Europeia poderiam ser considerados pela CEDH, desde que relevantes para a compreensão do ocorrido após a ratificação da Convenção Europeia ou desde que tenham criado uma situação que se perpetue no tempo.³⁷

Ademais, a CEDH manifestou-se expressamente sobre os limites de sua atuação tendo em vista o contexto histórico do caso – posicionamento que a CIDH parece ter desconsiderado em sua estratégia argumentativa desenvolvida no caso *Almonacid Arellano*.³⁸

No que diz respeito ao uso do julgado europeu como justificativa da atuação da CIDH no caso *Almonacid Arellano*, dois pontos merecem ser debatidos.

Primeiramente, considerar a morte do senhor Almonacid uma violação continuada de direitos humanos seria uma argumentação frágil da CIDH, posto que se tratou de fato consumado, que não criou situação perpetuada no tempo. Ademais, o Chile estabeleceu um limite temporal claro para a competência da corte: para fatos verificados a partir de 11 de março de 1990. Diferentemente de uma violação continuada como o desaparecimento

³⁷Em decisão proferida sobre a admissibilidade do caso, a CEDH (2002, par. 74-77) se manifestou expressamente sobre sua competência *ratione temporis*, afirmando o caráter continuado da situação de violação de direitos humanos: “The Court’s jurisdiction *ratione temporis* covers only the period after the ratification of the Convention or its Protocols by the respondent State. From the ratification date onwards, all the State’s alleged acts and omissions must conform to the Convention or its Protocols and subsequent facts fall within the Court’s jurisdiction even where they are merely extensions of an already existing situation (see, for example, *Yağci and Sargin v. Turkey*, judgment of 8 June 1995, Series A no. 319-A, p. 16, § 40, and *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcão and Others v. Portugal*, nos. 29813/96 and 30229/96, § 43, ECHR 2000-I).

Accordingly, the Court is competent to examine the facts of the present case for their compatibility with the Convention only in so far as they occurred after 10 October 1994, the date of ratification of Protocol No. 1 by Poland. It may, however, have regard to the facts prior to ratification inasmuch as they could be considered to have created a situation extending beyond that date or may be relevant for the understanding of facts occurring after that date.

[...]

In so far as the applicant’s complaints are directed against the acts and omissions of the Polish State in relation to the implementation of an entitlement to a compensatory measure vested in him under Polish law, an entitlement which continued to exist after 10 October 1994 and still exists today, the Court has temporal jurisdiction to entertain the application.”

³⁸Afirmou a CEDH (2004, par. 124, grifou-se): “While the historical background of the case, including the post-war delimitations of State borders, the resultant migration of persons affected by those events and the Republican Agreements, in which the applicant’s entitlement to compensation originated (see paragraphs 10-12, 39-41, 67 and 81 above), is certainly important for the understanding of the complex legal and factual situation obtaining today, the Court will not consider any legal, moral, social, financial or other obligations of the Polish State arising from the fact that owners of property beyond the Bug River were dispossessed and forced to migrate by the Soviet Union after the Second World War. In particular, it will not deal with the issue whether Poland’s obligation under the Republican Agreements to return to those persons the value of the property abandoned in the former Soviet republics might have any bearing on the scope of the applicant’s right under domestic legislation and under the Convention and whether Poland honoured the obligations it had taken upon itself by virtue of those Agreements.”

forçado, o caso *Almonacid Arellano* envolveu a execução ilegal de um civil por agentes estatais chilenos, ato localizado no tempo de maneira determinada.

Para garantir que a corte pudesse se manifestar no caso *Almonacid Arellano* de maneira ampla, foi escolhida uma argumentação diversa, segundo a qual violações autônomas de direitos humanos teriam ocorrido após a morte do senhor Almonacid, na época em que a corte já possuía competência para julgar o Chile.

Em segundo lugar, a possibilidade de considerar fatos anteriores à ratificação da Convenção Americana, desde que relevantes para esclarecer a situação de violação em análise pela corte, parece se relacionar muito mais à importância de a corte empreender uma completa narrativa da questão fática relacionada à demanda – como dito pela própria CIDH, com o propósito de contextualização.

No entanto, uma narrativa fática completa é algo bem distinto da qualificação jurídica de fatos – ou seja, qualificar a morte do senhor Almonacid como crime contra a humanidade. Frise-se: fato que a corte expressamente excluiu de sua competência no presente caso.

Esse ponto pode ser considerado problemático na argumentação desenvolvida no caso *Almonacid Arellano*. Ressalte-se que tal posicionamento não foi adotado no caso *Blake*, em que a corte igualmente não possuía competência *ratione temporis* para analisar o assassinato do repórter, como já mencionado. Ademais, o caso *Blake* efetivamente envolveu uma violação continuada de direitos humanos – desaparecimento forçado –, enquanto o caso *Almonacid Arellano*, não.

E foi exatamente a partir da qualificação da execução ilegal do senhor Almonacid como crime contra a humanidade que a corte fundamentou a responsabilização do Chile perante a convenção – vale recordar, aplicando os artigos 8 e 25 da convenção, e não o artigo 4 (direito à vida).

Assim, a argumentação desenvolvida pela corte no caso *Almonacid Arellano* foi a seguinte: a) sim, a morte em questão constitui crime contra a humanidade; b) crimes contra a humanidade são imprescritíveis e, portanto, não podem ser anistiados; c) sim, o decreto-lei n. 2.191/78 previu uma anistia para o crime em questão, e o Chile viola a convenção ao manter vigente essa decreto-lei após tê-la ratificado; e d) sim, houve aplicação do decreto-lei durante o processo interno de investigação da morte do senhor Almonacid e essa aplicação viola os direitos previstos nos artigos 8 e 25 da convenção, em relação ao artigo 1.1 – na medida em que, por meio da aplicação de uma lei de autoanistia, foi impedida a investigação dos fatos,

restringiu-se o acesso à justiça e à verdade para a vítimas e seus familiares, bem como deixou de ser possível uma reparação à violação de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, par. 93-129).

Esse esquema argumentativo gerou a responsabilização do Chile e a declaração de que o decreto-lei n. 2.191/78 não possui efeitos jurídicos.

Toda a argumentação relacionada à caracterização da morte do senhor Almonacid como crime contra a humanidade foi feita com a consideração, pela CIDH, de diversos tratados internacionais que teriam desenvolvido o conceito relacionado a esse tipo de crime. Foram mencionados desde o preâmbulo à Convenção IV de Haia concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, de 1907, o estatuto do tribunal de Nuremberg, o estatuto do Tribunal de Tóquio, bem como o julgado *Prosecutor v. Dusko Tadic* proferido pelo tribunal *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e diversas resoluções da Assembleia-Geral da ONU, dentre outros instrumentos internacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, par. 93-98).

Relativamente ao dever do Chile de investigar e julgar os responsáveis pela morte do senhor Almonacid, como tal fato foi considerado pela corte crime contra a humanidade, uma lei interna jamais poderia ter concedido anistia a esse crime, tendo em vista seu caráter imprescritível. Dentre os vários instrumentos internacionais mencionados pela corte para fundamentar essa afirmação, a CIDH apontou a existência da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Assembleia-Geral da ONU por meio da resolução 2391 (XXIII) de 26 de novembro de 1968.³⁹

Na sequência, a corte afirmou a natureza de *jus cogens* para a regra contida na referida convenção sobre imprescritibilidade. Para a CIDH, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, enquanto regra de *jus cogens*, não seria algo criado pela referida convenção, mas

³⁹“En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales ‘son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido’.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, par. 152).

apenas uma qualidade reconhecida pelo instrumento internacional, já que se trata de regra preexistente de direito internacional geral.⁴⁰

Vale lembrar que, em direito internacional, não existe um rol estabelecido de regras de *jus cogens*, tampouco um critério claro que permita afirmar quais regras poderiam ostentar esse caráter. Nos termos do artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1969), uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo.

Ademais, mencione-se que a referida Convenção sobre Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade, adotada pela resolução 2391 (XXIII) da Assembleia-Geral das Nações Unidas, contou com nove Estados signatários. Atualmente, ela conta com a ratificação de 54 Estados.⁴¹

Deve-se sublinhar que a questão numérica é discutível para afirmar o estabelecimento de uma regra de *jus cogens* – afinal, como seria possível medir o reconhecimento da comunidade internacional como um todo?⁴²

No entanto, o intuito é salientar a maneira como argumenta a CIDH. O objetivo maior da corte, sua escolha política, foi a caracterização da morte do senhor Almonacid como crime contra a humanidade e, enquanto regra inderrogável de direito internacional, crime imprescritível. Essa argumentação foi desenvolvida para afastar a aplicação do decreto-lei n. 2.191/78, para que a lei de autoanistia chilena deixasse de produzir efeitos jurídicos naquele país.

Veja-se que o caso *Almonacid Arellano* apresentou um elemento novo se comparado ao caso *Barrios Altos*. À afirmação de que leis de autoanistia seriam *per se* contrárias à Convenção Americana, foi adicionado o argumento do crime contra a humanidade enquanto

⁴⁰“Aún cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.” (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2006a, par. 153).

⁴¹Informação disponível em: <<http://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20IV/IV-6.en.xml>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

⁴²Sobre o debate a respeito da noção de *jus cogens* ver, entre outros, o já mencionado relatório sobre fragmentação do direito internacional (COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2007, par. 361-379). Catherine Maia (2009, p. 272) afirma que a definição de regras de *jus cogens* contida no referido artigo 53 da Convenção de Viena seria circular ou tautológica, justamente por não fornecer critérios claros para identificação de tais normas no cenário internacional: “La formule retenue d’une ‘norme à laquelle aucune dérogation n’est permise’ répond à la question par la question, l’indérogeabilité n’étant ni l’explication du caractère impératif, ni sa justification, tandis que le rapport d’interchangeabilité établi entre ‘normes impératives’ et ‘normes indérogeables’ tient davantage du cercle vicieux que d’une définition véritablement opérationnelle.”

violação a uma regra internacional de *jus cogens*, com o objetivo de tornar mais robusta a posição da CIDH e mais implacável a sua atuação sobre a legislação interna dos Estados-partes na convenção – mesmo não possuindo a corte competência *ratione temporis* para responsabilizar o Chile pela morte do senhor Almonacid.⁴³

Esse passo na jurisprudência da corte foi dado com menção a vários instrumentos internacionais relacionados aos crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade, como se a quantidade de tratados celebrados no âmbito internacional fosse critério apto a tornar essa argumentação verdadeira. Aqui a CIDH buscou demonstrar que haveria amplo consenso na comunidade internacional reconhecendo o crime contra a humanidade como violação grave de direitos humanos e, assim, crime imprescritível – mesmo afirmando que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade seria uma norma preexistente a todos esses tratados internacionais, instrumentos que apenas reconheceriam a existência de uma regra de direito internacional geral (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006a, par. 153).

No entanto, para que o argumento consensualista possa ser levado a sério, seria preciso verificar a adesão dos Estados aos referidos tratados. Mesmo assumindo não ser necessária a unanimidade entre os Estados para que fosse possível afirmar a existência de consenso da comunidade internacional sobre o tema, um número expressivo de ratificações seria necessário para corroborar o argumento da CIDH. Ao contrário do que afirma a corte, essa ampla adesão parece ser discutível, como já referido em relação às ratificações da Convenção sobre Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade.

⁴³Sobre as numerosas referências ao *jus cogens* na jurisprudência da CIDH, que se não limitam ao caso *Almonacid*, afirma Catherine Maia (2009, p. 276-277): “La Cour interaméricaine des droits de l’homme s’est volontiers inscrite dans ce mouvement qui participe de la ‘décentralisation’ de l’identification des normes impératives. Bien qu’assez peu connue, sa jurisprudence en matière de droit impératif est abondante, ce qui marque ici très nettement sa singularité. En effet, faisant preuve d’un avant-gardisme certain, la juridiction interaméricaine a multiplié les références au *jus cogens*, aussi bien dans sa fonction contentieuse que dans sa fonction consultative, élaborant ainsi une jurisprudence chatoyante qui contraste fortement avec la frilosité de son homologue européenne.” Antônio Augusto Cançado Trindade (2009, p. 37, grifos do autor) se manifestou expressamente sobre a ampla utilização do conceito de *jus cogens* pela CIDH: “L’émergence de normes de droit international impératives ou péremptives est amplement reconnue de nos jours. Aussi, pendant mes 12 ans de travail comme Juge Titulaire à la Cour, cette dernière a été la juridiction internationale qui a le plus contribué à l’évolution conceptuelle du *jus cogens*, exerçant fidèlement ses fonctions de protection de la personne humaine, y compris dans des situations de vulnérabilité critique. Pendant toute la durée de mon mandat, j’ai oeuvré avec conviction en faveur du développement du contenu matériel du *jus cogens*.” Dentre as matérias às quais a CIDH atribuiu o *status* de *jus cogens* em suas decisões podem ser mencionadas: proibição da escravidão, tortura física e psicológica, desaparecimentos forçados, execução extrajudicial, tratamento desumano (incluindo punições corporais), discriminação, crimes contra a humanidade e sua prescrição, direito de acesso à justiça (NEUMAN, 2008, p. 118).

Relativamente ao caso *Almonacid Arellano*, resta mencionar o voto fundamentado do juiz Trindade, que, novamente, julgou necessário esclarecer alguns pontos da decisão proferida pela corte.

Em seu voto, Trindade deu continuidade à sua argumentação relacionada ao escopo universalista dos direitos humanos. Para o juiz brasileiro, a CIDH teria ampliado o conteúdo material das regras internacionais de *jus cogens*, incluindo o direito de acesso à justiça ao julgar casos sobre anistias nacionais. Tal violação de regras de *jus cogens* pelo Chile, no caso *Almonacid Arellano*, teria como consequência a imputação de responsabilidade internacional agravada a esse Estado.⁴⁴

Para o contexto político latino-americano, esse posicionamento é absolutamente impactante, posto que regimes autoritários dominaram a região na segunda metade do século XX e, em muitos países, foram adotadas leis de anistia.

Após o caso *Almonacid Arellano*, o Peru voltou a ser polo passivo em uma demanda perante a corte relacionada às suas disposições nacionais de autoanistia, tendo sido responsabilizado pelo sequestro e desaparecimento forçado de um professor universitário e de nove alunos na Universidade Nacional de Educação Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), Lima, em 1992. Tais ações contaram com a participação do exército peruano e, além de violações relacionadas ao direito à vida, à integridade e à liberdade pessoais, o Peru também foi responsabilizado por não investigar o caso e pela ausência de julgamento dos responsáveis, justamente pela vigor das leis de autoanistia peruanas já mencionadas.

No caso *La Cantuta* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006b, 2007), novamente o Peru reconheceu sua responsabilidade internacional pelo ocorrido. No entanto, a corte decidiu apresentar uma narrativa a respeito dos fatos relacionados à demanda, isto é, um relato sobre o chamado *modus operandi* da estratégia antissubversiva

⁴⁴“Tal denegación de justicia se configura circundada de circunstancias agravantes, con todas sus consecuencias jurídicas, por cuanto conlleva al deliberado encubrimiento de violaciones de derechos fundamentales, v.g., por medio de la práctica sistemática de detenciones ilegales o arbitrarias, secuestros, tortura y desapariciones forzadas de personas, cuya prohibición absoluta recae en el dominio del *jus cogens*. Siendo así, dichas autoamnistías comprometen la responsabilidad internacional *agravada* del Estado.

Dicha responsabilidad internacional agravada es una consecuencia de la violación del *jus cogens* – conformando una ilegalidad objetiva – que acarrea otras consecuencias en materia de reparaciones. Ningún Estado puede acudir a artificios para violar normas del *jus cogens*; las prohibiciones de este último no dependen del consentimiento del Estado. En su muy reciente Sentencia, de hace cuatro días, en el caso *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006), la Corte Interamericana amplió el contenido material del *jus cogens* de modo a abarcar el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional, en el sentido en que venía yo propugnando en el seno de la Corte hace ya algún tiempo, tal como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 62-68) en este caso.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006a, Voto Fundamentado Trindade, par. 18-19, grifos do autor).

empreendida por agentes estatais peruanos nos períodos entre 1983 e 1984 e entre 1989 a 1992 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, par. 80.1-80.92).

Assim, antes de partir para uma análise das reparações devidas pelo Peru nesse caso, a corte julgou conveniente deixar expressas em sua sentença explicações a respeito do regime autoritário peruano, o qual envolveu práticas sistemáticas de desaparecimentos forçados e execuções arbitrárias.⁴⁵

Com o reconhecimento de responsabilidade internacional pelo Peru, a CIDH pôde estabelecer de maneira definitiva o contexto fático do caso, sem interferências do governo peruano na construção da narrativa – para elaborá-la, a corte baseou-se em documentos oficiais juntados aos autos do caso, como o Informe Final da Comissão de Verdade e Reconciliação, peças processuais, ofícios governamentais etc.

O caso *La Cantuta* consolidou o chamado “critério interamericano sobre autoanistias”, isto é, um critério desenvolvido pela CIDH para analisar disposições de anistia dos Estados-partes na Convenção Americana. A consolidação desse critério interamericano foi afirmada no voto fundamentado do juiz Sergio García Ramírez, na decisão de mérito do caso.⁴⁶

Vale ressaltar que, no caso *La Cantuta*, toda a argumentação relacionada à questão dos crimes contra a humanidade restou absolutamente incorporada pela corte e pela Comissão Interamericana no decorrer do julgamento. Assim, as violações empreendidas pelo Peru foram

⁴⁵A corte justificou seu posicionamento nos seguintes termos: “Teniendo en cuenta las atribuciones que le incumben de velar por la mejor protección de los derechos humanos y el contexto en que ocurrieron los hechos del presente caso, el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de contribuir a la preservación de la memoria histórica, de reparación para los familiares de las víctimas y, a la vez, de contribuir a evitar que se repitan hechos similares. De tal manera, sin perjuicio de los alcances del allanamiento efectuado por el Estado, la Corte considera pertinente abrir el capítulo relativo a los hechos del presente caso, que abarque tanto los reconocidos por el Estado como los demás que resulten probados. Además, la Corte estima necesario hacer algunas precisiones respecto de la manera en que las violaciones ocurridas se han manifestado en el contexto y circunstancias del caso, así como de ciertos alcances relacionados con las obligaciones establecidas en la Convención Americana, para lo cual abrirá los capítulos respectivos.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, par. 57).

⁴⁶“En síntesis, el criterio de la Corte Interamericana en esta materia plantea: a) la vigencia de los deberes de respeto y garantía establecidos en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no obstante los obstáculos de derecho interno que pudieran desencaminar el debido cumplimiento de esas obligaciones asumidas por el Estado, en ejercicio de su soberanía, al constituirse como parte en la Convención; b) el consecuente destierro de la impunidad por delitos de suma gravedad -- violaciones graves a los derechos humanos-- que pudiera provenir de esos obstáculos; y c) el deber del Estado de introducir en su orden interno las medidas necesarias para alcanzar la vigencia de aquellos deberes y el destierro de esa impunidad, conforme a lo estipulado en el artículo 2 CADH.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, Voto Fundamentado Ramírez, par. 3).

imediatamente qualificadas como crimes contra a humanidade, de forma que tais violações jamais poderiam ter sido anistiadas pelo Estado, conforme argumentação da corte.⁴⁷

O Juiz Ramírez discutiu, em seu voto fundamentado, qual seria a atuação correta dos Estados ante a existência de leis domésticas contrárias à Convenção Americana: derrogação de tais leis contrárias? Não aplicação por força de interpretação judicial ou administrativa? Anulação dessas leis? Nesse passo, afirmou o juiz, não caberia à CIDH responder a essas perguntas, mas sim ao Estado analisar as decisões da corte e implementá-las de forma a alcançar o objetivo indicado pela CIDH – a eliminação de qualquer efeito potencial de leis incompatíveis com a Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, Voto Fundamentado Ramírez, par. 4).

Em seguida, o juiz Ramírez apontou expressamente que caberia à jurisdição internacional dar a última palavra sobre a compatibilidade entre anistias nacionais e a Convenção Americana. Ressaltou o juiz que as leis de autoanistia não podem produzir efeitos em nenhum momento, seja na época de sua criação, seja no presente ou no futuro. Portanto, as decisões da CIDH sobre leis de autoanistia seriam meramente declaratórias da total ineficácia desse tipo de legislação (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006b, Voto Fundamentado Ramírez, par. 5).

Considerada toda a argumentação da corte exposta até o presente momento, a responsabilização do Brasil no caso *Gomes Lund* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010), também chamado *Guerrilha do Araguaia*, parecia absolutamente esperada, o que de fato ocorreu, no final de 2010.

Verificou-se a plena aplicação, ao caso brasileiro, do já mencionado critério interamericano sobre autoanistias nos termos do discutido nos casos *Barrios Altos*, *Almonacid Arellano* e *La Cantuta*. Assim, a decisão no caso *Gomes Lund* não trouxe nenhum elemento

⁴⁷A qualificação jurídica das violações de direitos humanos ora debatidas é resultado de atividade interpretativa. Por exemplo, Laurence Burgogue-Larsen e Amaya Úbeda de Torres (2011) discutem o uso do termo “guerra” na prática da Corte Interamericana e da Comissão Interamericana. As autoras afirmam que com base nesse termo, os órgãos de monitoramento do sistema interamericano definiram as noções de conflito armado interno e internacional, incluindo questões como disputas internas e terrorismo estatal. Um campo amplo de qualificações jurídicas emergiu dessas situações de conflito armado, e tais qualificações são fundamentais para compreender as decisões proferidas pelos órgãos do sistema interamericano, segundo as autoras. O importante a ser destacado aqui é a chamada *politics of re-definition* (KOSKENNIEMI, 2009, p. 11). Situações factuais não se apresentam aos internacionalistas com indicações como “crime contra a humanidade” ou “crime de guerra”; qualificações jurídicas dependem de argumentação, e as consequências de qualificar uma situação como A ou B são estrategicamente consideradas pelas instituições internacionais. A definição do direito aplicável à situação em questão está fortemente relacionada à linguagem usada para descrever essa mesma situação. Igualmente, a definição da instituição que se afirmará como competente para lidar com determinada questão fática está diretamente relacionada à linguagem utilizada para qualificar uma dada situação concreta.

substancialmente novo ao mencionado critério interamericano. O Brasil foi responsabilizado pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, pela não investigação dos fatos e pela ausência de julgamento dos responsáveis, por força da vigência da lei de autoanistia brasileira.

Relativamente às exceções preliminares, o Brasil alegou que a CIDH não poderia atuar como uma corte de quarta instância, como uma corte de revisão que examinaria supostos erros, de fato ou de direito, cometidos por cortes nacionais que tenham atuado dentro de suas competências. Nesse passo, o Brasil afirmou que lhe deveria ser dada a oportunidade de discutir e deliberar democraticamente sobre a questão no âmbito interno, sendo necessário considerar, também, o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre as questões jurídicas pendentes do regime militar brasileiro (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 44).

A CIDH rechaçou a referida exceção preliminar brasileira alegando que não pretendia revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, mas sim verificar se o Brasil violara determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana em relação ao desaparecimento forçado e à ausência de investigação dos fatos e julgamento dos responsáveis no caso *Gomes Lund*.

A corte afirmou, nesse sentido, que analisar a responsabilidade do Brasil no caso *Gomes Lund* envolveu o exame dos respectivos processos internos do Estado, inclusive de decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a convenção.

No caso *Gomes Lund*, afirmou a corte, não se solicitou à CIDH que realizasse um controle de constitucionalidade da lei de autoanistia brasileira em relação à Constituição do Estado – questão de direito interno que não seria de competência da corte –, mas sim que a CIDH realizasse um controle de convencionalidade, ou seja, que analisasse a compatibilidade da lei de autoanistia tendo em vista as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil enquanto Estado-parte na Convenção Americana.

Restou clara, na argumentação da corte, a impossibilidade de o Estado alegar qualquer questão interna para impedir a aplicação do critério interamericano sobre autoanistias, inclusive a possibilidade de uma deliberação democrática sobre o teor da lei de autoanistia que contrarie o estabelecido no critério interamericano – necessária investigação e julgamento dos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Nesse sentido, a posição da CIDH está consolidada: o critério interamericano sobre autoanistias parece ser implacável na região.

No caso *Gomes Lund*, a CIDH adicionou vários julgados e documentos relacionados à incompatibilidade entre as leis de autoanistia e o direito internacional dos direitos humanos: os precedentes do próprio sistema interamericano, incluindo os casos debatidos na presente seção do texto (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 148-149); decisões e documentos oriundos de órgãos do sistema universal de proteção aos direitos humanos que também trataram de anistias nacionais (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 150-159); decisões do sistema europeu e africano de proteção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 160-162); e, finalmente, decisões dos tribunais superiores dos Estados-partes que já teriam incorporado o estabelecido pelo critério interamericano sobre autoanistias (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 163-169).

O objetivo da corte foi justamente demonstrar a influência e a persuasão de seu entendimento relacionado a leis de anistia, em especial, no âmbito dos Estados-partes, uma vez que os próprios tribunais superiores nacionais estariam aplicando o critério interamericano.

O caso *Gomes Lund* adicionou ao dever do Estado de investigar e julgar violações de direitos humanos a obrigação *ex officio* de investigar quaisquer fatos se houver suspeita de ocorrência de desaparecimento forçado (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, par. 108).

É possível questionar como atribuir uma obrigação *ex officio* a um Estado se é justamente o próprio que empreende ações com vistas ao desaparecimento forçado das vítimas. Aqui se pode notar novamente o caráter implacável do critério interamericano sobre autoanistias.

Por fim, vale mencionar o voto fundamentado do juiz *ad hoc* Roberto Caldas relativamente ao argumento do escopo universalista dos direitos humanos. Segundo o juiz, mesmo que o caso *Gomes Lund* não tenha tratado diretamente da competência específica da corte para ampliar materialmente o conceito de *jus cogens*, a jurisprudência da CIDH já teria deixado claro que regras de *jus cogens* contemplam também o direito internacional dos direitos humanos. Impedir a corte de empreender essa ampliação material do conceito seria desafiar a própria finalidade para a qual a CIDH foi instituída, qual seja, a proteção dos direitos dispostos na Convenção Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, Voto Fundamentado Caldas, par. 18-19).

A argumentação anteriormente exposta consolidou os amplos limites de atuação da CIDH na América Latina.

Finalmente, deve ser mencionado o caso *Gelman* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011), recentemente julgado pela corte, em demanda processada em relação ao Uruguai. O caso em questão tratou do desaparecimento forçado de Maria Gelman, em 1976, empreendido por agentes estatais da Argentina e do Uruguai no contexto da chamada Operação Condor.⁴⁸

A lei de anistia uruguaia (*Ley de Caducidad*), promulgada em 1986 pelo governo democrático do Uruguai, teria impedido a investigação dos fatos e a punição dos responsáveis, na esteira do quanto já discutido até o momento no presente trabalho.

O Uruguai reconheceu sua responsabilidade internacional no caso, afirmando o princípio de continuidade institucional, segundo o qual o governo atual deve ser tido como responsável pelos atos cometidos pelo governo uruguaio de 1973 a 1985, período de regime autoritário no país. Como já mencionado, o caso *Gelman* também apresentou narrativa a respeito da ditadura militar no Uruguai e o *modus operandi* da Operação Condor (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 44-63).

Da mesma forma como no caso *Gomes Lund*, no caso *Gelman* a corte também mencionou documentos e decisões dos sistemas regionais e universais de proteção aos direitos humanos, além de decisões das cortes superiores dos Estados-partes da convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 215-224), para demonstrar a força e persuasão do critério interamericano sobre autoanistias, o qual já estaria sendo aplicado no âmbito interno dos Estados-partes da convenção.

⁴⁸ “[...] nombre clave que se dio a la alianza que unía a las fuerzas de seguridad y servicios de inteligencia de las dictaduras del Cono Sur en su lucha y represión contra personas designadas como ‘elementos subversivos’. Las actividades desplegadas como parte de dicha Operación estaban básicamente coordinadas por los militares de los países involucrados. Dicha Operación sistematizó e hizo más efectiva la coordinación clandestina entre ‘fuerzas de seguridad y militares y servicios de inteligencia’ de la región [...] Para que la Operación Cóndor funcionara era necesario que el sistema de códigos y comunicaciones fuera eficaz, por lo que las listas de ‘subversivos buscados’ eran manejadas con fluidez por los distintos Estados.” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 44). Mais uma vez a CIDH ressaltou sua preocupação com a preservação da memória histórica relativamente aos esquemas de violação de direitos humanos empreendidos pelos regimes autoritários latino-americanos no século passado. Da mesma forma como feito no caso *La Cantuta*, o caso *Goiburú* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006c, par. 61-5-61.14) envolveu a elaboração de narrativa, pela corte, a respeito do *modus operandi* da Operação Condor e sua atuação no Paraguai. O Paraguai reconheceu sua responsabilidade internacional no caso, de forma que a corte mais uma vez pôde construir sua narrativa sem interferência do Estado demandado, com base nos documentos juntados aos autos pelas partes. O caso *Goiburú* não será objeto de análise neste trabalho pois, mesmo tendo tratado de violações cometidas pelo regime ditatorial paraguaio, não houve discussão sobre compatibilidade entre anistia doméstica e a Convenção Americana. O caso *Gelman* retomou várias considerações da CIDH feitas no caso *Goiburú* a respeito da Operação Condor.

A partir do caso *Gelman*, talvez o mais correto seja falar em “critério interamericano sobre anistias”. Como já mencionado anteriormente, a presente decisão da CIDH igualou a problemática das anistias e das autoanistias. Independentemente do processo de adoção da lei e da autoridade que cria essa legislação, o aspecto importante para a corte é justamente sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações de direitos humanos.⁴⁹

O aspecto interessante no caso uruguaio é a argumentação da CIDH relativamente aos dois referendos realizados no país em 1989 e em 2009. Nessas duas ocasiões, a população se manifestou pela vigência da *Ley de Caducidad*. A corte se manifestou expressamente sobre essa questão, afirmando que a mera existência de um regime democrático não garante *per se* o permanente respeito aos direitos humanos. Para a CIDH, o direito internacional dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra democrática da maioria, de forma que a manifestação da população uruguaia foi expressamente afastada pela corte, afirmando-se mais uma vez a aplicabilidade plena do critério interamericano sobre anistias. A CIDH não discutiu em profundidade os detalhes concretos relacionados à realização dos referendos no Uruguai, buscando saber se houve livre manifestação da população uruguaia ou se a votação teria sido manipulada pelo governo, em alguma medida. A corte simplesmente afirmou, de forma genérica, que a regra da maioria não é suficiente para garantir a promoção dos direitos humanos.⁵⁰

Na sequência, foram mencionados vários julgados de tribunais nacionais que teriam limitado ações do poder legislativo nacional ou limitado decisões oriundas de mecanismos de democracia direta baseando sua argumentação em dispositivos de tratados internacionais

⁴⁹Cf. nota de rodapé n. 12.

⁵⁰Cf. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia [uruguaia] ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘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’. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2011, par. 238-239).

(CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, nota rodapé 299). Novamente, a ideia da corte foi demonstrar a força de seu entendimento, o qual já estaria sendo aplicado no âmbito interno de vários Estados-partes da convenção.

Resta configurada, por meio da atuação da CIDH, a supremacia da perspectiva universalista de proteção aos direitos humanos e a validade absoluta do critério interamericano em relação às leis de anistia nacionais.

2.2 Regras universais e capacidade local para agir

A análise empreendida na seção anterior do texto buscou explicitar um determinado viés político na atuação da Corte Interamericana enquanto órgão de implementação dos direitos afirmados no âmbito do sistema interamericano: com o objetivo de promover a proteção dos direitos humanos na região e reconhecendo o contexto específico de ditaduras na América Latina durante a segunda metade do século XX, a corte articula determinados conceitos jurídicos de caráter universalista para conseguir fazer valer uma solução que considera a mais correta para a região, qual seja, determinar que leis de anistia nacionais carecem de efeitos jurídicos, tornando possível a investigação das respectivas violações de direitos humanos e o julgamento dos responsáveis em procedimentos criminais.

Assim, considerando o atual desenvolvimento da jurisprudência da corte, pode-se afirmar que qualquer Estado-parte da Convenção Americana que mantenha em vigor legislação de anistia, de forma que tais leis continuem produzindo efeitos no sentido de impedir a investigação e o julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos,

pode sofrer a aplicação do critério interamericano sobre anistias sem qualquer possibilidade de contra-argumentação.⁵¹

Sublinhe-se que, mesmo não impondo uma maneira única de tornar sem efeitos jurídicos as leis de anistia no âmbito interno dos Estados-partes, como referido no caso *La Cantuta*, se a corte constatar que violações de direitos humanos tidas por ela como graves restam impunes em consequência dos efeitos de uma lei de anistia nacional, aplicará o critério interamericano ao Estado-parte – mesmo que o judiciário desse país já esteja aplicando o teor do critério interamericano em casos concretos.

Esse posicionamento pode ser afirmado com base na argumentação desenvolvida no caso *Gelman*. A CIDH mencionou expressamente as ações judiciais iniciadas no Uruguai envolvendo a análise de constitucionalidade da *Ley de Caducidad*, promulgada em 1986 (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 144-150).

A inconstitucionalidade de dispositivos da lei de anistia uruguaia foi declarada pela Suprema Corte de Justiça em decisão de 19 de outubro de 2009, no caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 148).

O segundo referendo sobre a *Ley de Caducidad* foi realizado alguns dias depois da decisão da Suprema Corte, em 25 de outubro. O projeto de reforma constitucional que

⁵¹A ampla atuação da CIDH no que tange à temática das leis de anistia domésticas, deixando pouco espaço para atuação dos Estados-partes, é discutida por alguns autores. Afirma Mónica Pinto (2007, p. 10): “Par cette voie, le système interaméricain s’est donnée une règle régionale beaucoup plus limitative des actions des gouvernements de transition, que celles en vigueur dans le système universel des droits de l’homme.” Nesse mesmo sentido, afirma Christina Binder (2010, p. 161): “En el ejercicio de sus facultades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos extiende considerablemente las competencias que le son atribuidas por la CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos]. Dicho de otro modo, a veces, la actuación de la Corte difícilmente encuentra una base legal en la Convención. Igualmente, con el objeto de optimizar la protección de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos restringe considerablemente la esfera de acción de las instituciones nacionales y de las autoridades internas.” Segundo Gerald L. Neuman (2008, p. 101-102): “This article questions one important feature of the Inter-American Court’s method of operating in the face of these problems. Given the lack of regional support, the Court has looked outward, to Europe and to global human rights discourse as major reference points for its interpretation of the regional convention. In the process, the Court has come to undervalue the consent of the relevant community of states as a factor in the interpretation of a human rights treaty. This neglect distorts the Court’s elaboration of human rights norms, and risks damage to the effectiveness of the regional human rights system.” Para Ludovic Hennebel (2009, p. 94): “Ainsi, la Cour a adopté une position claire concernant les lois d’amnisties en les déclarant incompatibles avec la Convention dès son arrêt *Barrios Altos contre Pérou* rendu en 2001 dans laquelle elle déclarait en substance que toutes les dispositions d’amnisties, les prescriptions de l’action pénale ou les mesures destinées à prévenir la mise en œuvre des responsabilités sont incompatibles avec la Convention car elles visent à prévenir l’exercice du devoir d’enquête et de sanction des responsables des graves violations (torture, exécutions, disparitions forcées) de droits intangibles des droits de l’homme. La Cour interaméricain ajoute à cela, et s’impose ici comme une véritable Cour constitutionnelle, qu’aucune disposition du droit interne, ne peut contrevenir à l’exécution en droit interne d’une décision de la Cour interaméricain ordonnant à un Etat d’enquêter une violation et d’en sanctionner les auteurs.”

introduziria dispositivo na constituição uruguaia tornando nula essa lei alcançou aprovação de 47,7% dos votos, de forma que foi mantida a vigência da lei de anistia uruguaia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 149).

Em 29 de outubro de 2010, no caso *Organización de los Derechos Humanos*, a Suprema Corte de Justiça reiterou o entendimento proferido no caso *Sabalsagaray Curutchet*, reafirmando a inconstitucionalidade de dispositivos da *Ley de Caducidad* (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011, par. 150).

Nesse sentido, mesmo com manifestações judiciais em consonância com o estabelecido no critério interamericano sobre anistias, a CIDH constatou que a lei de anistia uruguaia continuava produzindo efeitos no país no sentido de impedir a investigação de graves violações de direitos humanos e o julgamento dos responsáveis por tais violações. Assim, responsabilizou o Uruguai no caso *Gelman*, determinando que esse Estado tornasse sem efeitos sua *Ley de Caducidad* definitivamente.⁵²

O critério interamericano, a solução tida como única possível para lidar com as violações de direitos humanos empreendidas na América Latina durante regimes autoritários, foi desenvolvido pela corte com base em um discurso universalista de direitos humanos, isto é, a CIDH afirma como universal uma preferência particular pela realização de julgamentos criminais ante violações vivenciadas na América Latina.

Ademais, pode ser percebida uma concepção jusnaturalista no discurso da corte, posto que a CIDH afirma a existência de direitos objetivamente válidos, independentemente da vontade dos Estados, enquanto reflexo de valores naturalmente superiores – como verdade e justiça –, os quais seriam devidamente aceitos e compartilhados pela comunidade internacional.⁵³

⁵²Vale referir que a Câmara dos Deputados do Uruguai aprovou, em 27 de outubro de 2011, a revogação da *Ley de Caducidad*, após manifestação favorável pela revogação por parte do senado uruguaio. Notícia disponível em: <<http://www.lanacion.com.ar/1418194-uruguay-pone-fin-a-la-ley-de-caducidad>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁵³Um debate sobre a concepção jusnaturalista da CIDH é apresentado por MAIA, Catherine. *Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de L'Homme*, p. 293-303 e HENNEBEL, Ludovic. *La Cour Interamericaine des Droits de l'Homme: entre particularisme et universalisme*, p. 96. Ambos In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme*. Paris: Pedone, 2009. Martti Koskenniemi (2010, p. 48), ao discutir o *mainstreaming* dos direitos humanos enquanto estratégia para concretizar poder institucional, faz algumas considerações sobre a concepção jusnaturalista: “The old rhetoric of ‘natural rights’ suggests that a list of such rights does exist somewhere but provides no access to it that would be independent from taking a stand on issues of political philosophy that have been disputed in the West for the better part of the past two thousand years. It is hard not to dismiss natural law as a premodern myth. Moreover, natural rights have frankly undemocratic implications, suggesting as they do that human communities are bound by values that precede them. It depends on political theology.”

Ocorre que há dúvidas sobre a existência de valores objetivos e naturalmente superiores em direito internacional.⁵⁴ Também é possível questionar qual tipo de justiça e verdade poderiam ser obtidos em processos judiciais de caráter penal em um contexto de transição política. O que está em jogo em contextos de transição são narrativas concorrentes a respeito do passado, além do debate a respeito de quais seriam as medidas apropriadas para iniciar a construção de um futuro diverso. Entre os grupos envolvidos no contexto de transição política, esforços são empreendidos no sentido de tornar uma dessas narrativas a narrativa definitiva, possibilitando assim desafiar a legitimidade do regime anterior e estabelecer uma nova e legítima ordem (LEEBAW, 2008, p. 97). Nesse contexto, batalhas políticas intensas estão relacionadas ao processo de mudança de regime, o que inclui as situações concretas vivenciadas na América Latina na segunda metade do século passado, como visto nos casos debatidos neste capítulo.

Assim, deve-se discutir por que a decisão democrática uruguaia deveria ser automaticamente descartada pela CIDH se a população do país expressamente concordou com a manutenção da eficácia da *Ley de Caducidad*.

Conforme afirmado de forma genérica pela corte no caso *Gelman*, decisões oriundas de mecanismos de democracia direta podem não ser bons o bastante para garantir a proteção aos direitos humanos.

Ressalte-se que a corte não analisou de forma mais detalhada a realização dos referendos uruguaiois, se foram realizados em um ambiente democrático, sem enviesamentos. Foi afirmada a insuficiência de manifestações populares de forma absolutista, sem maior preocupação com o contexto concreto do caso de transição política no Uruguai.

Assim, para a corte, a adequada proteção de direitos humanos envolveria somente a investigação dos fatos e o julgamento criminal dos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Não há qualquer espaço para maneiras diferentes de lidar com a proteção de direitos humanos em um contexto de transição política, seguindo a argumentação da CIDH.

Em outras palavras, debater o conflito normativo entre regras universais e capacidade local de agir envolve discutir por que o polo universal do conflito, representado pela CIDH, equivale necessariamente a uma perspectiva de proteção aos direitos humanos, enquanto o

⁵⁴Uma discussão relacionada ao chamado *objectification mistake* no direito internacional é apresentada por KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia: the structure of international legal argument*. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005, p. 537-538.

polo local do conflito, representado pelas anistias nacionais, equivale necessariamente à perspectiva de violação desses direitos. Considerando a jurisprudência da corte analisada na seção anterior do texto, a escolha política relacionada ao critério interamericano sobre anistias, ou o *structural bias* da corte, não deixa dúvidas quanto ao estabelecimento do conflito normativo nesses termos fortemente dicotômicos.

Ao determinar que leis de anistia dos Estados-partes não possuem qualquer efeito jurídico em face dos dispositivos da Convenção Americana, a corte busca influenciar a região em um movimento tido como positivo, como se anistias nacionais fossem algo mal em si, um erro que deve ser extirpado da América Latina, assegurando-se a adoção da adequada perspectiva de proteção dos direitos humanos defendida pela corte. E essa perspectiva da corte é apresentada por meio de um discurso universalizante, que mascara uma preferência institucional da CIDH pela realização de julgamentos.

O presente trabalho busca discutir precisamente essa perspectiva universalizante da corte. O universal pode ser entendido como a perspectiva de proteção aos direitos humanos, mas, na medida em que a CIDH desconsidera outras maneiras de lidar com o passado autoritário e violento da América Latina, o universal pode também ser compreendido como falta de sensibilidade para o contexto local, como formalismo, legalismo e rigidez.

Por seu turno, a dimensão local das anistias, na jurisprudência da corte relacionada necessariamente a uma violação de direitos humanos, pode ser compreendida de outra forma. Na medida em que se relaciona às escolhas das comunidades nacionais por reconciliação e pacificação, a anistia pode ser vista como democrática, sensível às necessidades daqueles diretamente envolvidos no conflito, encerradora da violência e também como um instrumento jurídico que tornaria possível elucidar as causas profundas do conflito, para além daquilo que pode ser debatido em um processo de caráter penal.

Como será discutido mais adiante neste trabalho, a dimensão universalizante não equivale necessariamente à perspectiva de proteção de direitos, da mesma forma que a dimensão local não equivale necessariamente à perspectiva de violação de direitos.

Assumir a existência de uma oposição entre regras universais e capacidade local de agir, como discutido neste capítulo, envolve afirmar que há mais de uma saída possível para lidar com um passado autoritário e violento, tal como visto no contexto da América Latina na segunda metade do século XX. Afirma-se, assim, a existência de questões absolutamente

perturbadoras relacionadas à justiça de transição, como Diane F. Orentlicher (2007, p. 10). Nenhuma solução pode ser considerada em abstrato, *a priori*.

Cada dimensão do conflito normativo ora discutido possui questões positivas e negativas, perdas e ganhos, aspectos que foram iluminados e aspectos obscurecidos. É preciso compreender o que está em jogo em cada uma das alternativas para que uma discussão aprofundada possa se estabelecer.

Assim, descritos os amplos termos do conflito normativo entre regras universais e capacidade local de agir, o próximo capítulo tem como objetivo debater mais profundamente os argumentos que justificam a adoção de leis de anistia em contextos concretos.

3 A AUTORIDADE DAS ANISTIAS LOCAIS

O presente capítulo possui como objetivo discutir os argumentos que justificam a adoção de anistias em contextos locais. Assim, com o auxílio de alguns casos concretos, mas sem qualquer pretensão de elaborar uma análise exaustiva da realidade, buscar-se-á compreender as diversas justificativas normativas que podem ser utilizadas para fundamentar a elaboração de leis de anistia pelos Estados. Da mesma forma que julgamentos, anistias constituem-se em alternativa jurídica disponível para lidar com situações de conflito e mudança de regime político.

Antes de iniciar a análise dessas justificativas normativas, algumas observações serão apresentadas no que tange ao campo da justiça de transição. Essas observações são importantes para realçar o caráter complexo de processos de transformação política. Nesse sentido, o debate das justificativas normativas relacionadas à adoção de leis de anistia não pretende afirmar que essa alternativa é um instrumento melhor do que julgamentos criminais de indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos. Ao contrário, essa análise busca apenas salientar as razões que podem ser apresentadas para fundamentar a sua adoção em contextos de transição política, sem a pretensão de apresentar uma solução única e invariável para situações de mudança de regime.

Como será explicitado na próxima seção do texto, o que se quer ressaltar é a existência de uma dimensão de contestação a respeito do que deve ser feito em contextos conflituosos de transição política, de forma que a solução adequada, seja a adoção de anistia, seja a realização de julgamentos, dentre outras possibilidades, só pode ser determinada contextualmente, e não de maneira abstrata.

3.1 Justiça de transição e a dimensão contestável dos processos de transformação política

Sociedades que experimentaram conflitos envolvendo guerras civis, governos repressores e/ou violações generalizadas de direitos humanos enfrentaram, em alguma medida, questões relacionadas ao término do conflito e ao restabelecimento de relações pacíficas em face do legado do regime político anterior.

A chamada justiça de transição se ocupa da concepção de justiça associada a períodos de mudança política, em que são discutidas as alternativas jurídicas aplicáveis às transgressões empreendidas pelo regime anterior (TEITEL, 2003, p. 69).

Nesse sentido, há uma relação estreita entre a política e o direito em um cenário radical de alteração de regime, de forma que as soluções jurídicas pensadas para concretizar o momento de transição possuem um papel importante na constituição do novo regime. Em momentos extraordinários de mudança política, a função do direito é fortemente paradoxal: ao mesmo tempo em que deve restabelecer a ordem e a estabilidade – sua função em situações ordinárias –, também deve possibilitar a transformação política, com a constituição de um regime diverso do visto no passado. Ao mesmo tempo em que a concepção de justiça constitui a transição política, essa concepção também é constituída pela transição (TEITEL, 2000, p. 4-6).

Assim, a concepção de justiça relacionada a períodos de mudança política seria diversa da concepção vigente em momentos em que não são vivenciadas tais transformações. O que é considerado justo depende de uma vivência anterior tida como injusta, de forma que a

concepção de justiça em momentos de transição política seria parcial e contingente (TEITEL, 2000, p. 6).⁵⁵

Em processos de mudança política, diversas questões se apresentam para debate e para decisão. Os dilemas de justiça transicional podem ser apresentados nos seguintes termos: como demarcar claramente a divisão entre o velho e o novo regime? Para a superação da situação de conflito, haveria uma medida adequada entre uma ação ostensiva de “caça às bruxas” e um total esquecimento do passado? O que fazer com os líderes do regime anterior, com as pessoas que trabalharam como funcionários públicos e com eventuais colaboradores informais? Todos devem ser processados judicialmente? Ou somente os líderes do antigo regime? Deve-se purgar o novo regime dos antigos funcionários públicos? Seria possível alcançar um consenso sobre quem seria vítima e quem seria algoz em regimes que afetaram sociedades como um todo? Se a última pergunta puder ser respondida de maneira afirmativa, devem-se reparar as vítimas? Qual seria a medida adequada de reparação, considerando não só a situação das vítimas, mas também a questão mais ampla de alocação de recursos materiais para constituição do novo regime? De uma forma geral, como lidar com os custos desse processo de mudança política? Seria possível obter reconciliação nacional nesse processo, com o objetivo de prevenir a ocorrência de novas violações de direitos humanos? Como reconhecer o passado em termos históricos, em meio a narrativas concorrentes sobre as ações do antigo regime? Seria possível alcançar a verdade sobre tais fatos? Quem seria a voz portadora dessa verdade? (KRITZ, 1995, p. xxxix-xl).

Diferentes objetivos podem ser identificados com base nas questões listadas acima, tais como a responsabilização dos integrantes do regime anterior pelos atos do passado

⁵⁵Para uma visão diversa, negando o caráter especial da concepção de justiça em momentos de transição política, ver POSNER, Eric A.; VERMUELE, Adrian. *Transitional justice as ordinary justice*, *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 117, n. 3, p. 761-825, 2004. Thomas Carothers (2002, p. 18) critica fortemente a perspectiva de justiça tida como excepcional em momentos de mudança de regime, afirmando que aquilo que é considerado como extraordinário ou precário seria, na realidade, a situação de normalidade para muitos Estados, incluindo países em desenvolvimento e países que deixaram o regime comunista. O debate sobre o que pode ser considerado normal ou excepcional em termos de justiça de transição foi abordado por Ruti Teitel (2008), sendo afirmado pela autora um movimento de normalização ou globalização desse campo de estudos no momento atual. Teitel explica que essa fase da justiça de transição seria caracterizada por um movimento que parece deixar de lado o caráter excepcional das respostas encontradas em momentos de transição política para uma condição invariável de justiça transicional (*steady-state transitional justice*), relacionada a fenômenos pós-conflito que emergem de situações das mais diversas, incluindo conflitos étnicos e guerras civis, com a correspondente expansão do uso do direito internacional humanitário. Não constitui objeto do presente trabalho debater as transformações relacionadas ao campo da justiça de transição. De forma breve, e considerando as observações mencionadas nesta nota, os casos debatidos neste estudo não parecem estar relacionados à chamada fase globalizada de justiça transicional, mas a situações excepcionais de mudança de regime político na América Latina, o que justifica a posição adotada no presente trabalho relativamente ao caráter especial da concepção de justiça em momentos de transformação política.

(*accountability*), a prevenção de novos conflitos, a implementação dos direitos das vítimas, a pacificação social, a reconciliação nacional, a construção da verdade sobre o passado, dentre outros.

Em situações concretas, como as analisadas nos casos julgados pela CIDH, esses objetivos podem se apresentar em tensão entre si por força do mencionado paradoxo relacionado à justiça de transição – ao mesmo tempo em que é preciso restabelecer a ordem e fazer cessar a situação de conflito, mecanismos de justiça de transição devem possibilitar a transformação política, legitimando a criação de um novo regime (LEEBAW, 2008, p. 97). Relativamente aos casos debatidos no capítulo anterior, no contexto de uma possível responsabilização de violadores de direitos humanos por meio da realização de julgamentos, apresenta-se uma situação de superação de regimes militares na América Latina, de forma que a mudança de regime possa encerrar situações de violência e possibilitar a formação de novos consensos políticos.

Em outras palavras, o que se pretende salientar é a dimensão de contestação envolvida em processos de transição política. Tal como apresentado anteriormente, muitas questões estão abertas para reflexão e debate, e as escolhas empreendidas durante o processo de transição podem ter consequências variadas, as quais também se relacionam com as estratégias adotadas para transformação do antigo regime.⁵⁶

Não há garantias de que todas as dificuldades serão enfrentadas e superadas, tendo em vista a ampla gama de interesses que se apresenta em processos de alteração de regime, articulados por grupos dos mais diversos. Faz-se necessário, assim, atentar para as referidas complexidades dos processos de transformação política, em que a concretização de determinados objetivos pode deixar outras questões obscurecidas (LEEBAW, 2008, p. 118).

Essas observações a respeito do campo da justiça transicional são relevantes para o presente trabalho, posto que o objetivo deste é afirmar que anistias também podem ser utilizadas para lidar com um passado autoritário e violento e justificadas com base em um discurso de direitos humanos, da mesma forma como feito pela CIDH em relação aos julgamentos.

⁵⁶Essas considerações não pretendem reforçar os argumentos analisados pelo debate específico de justiça transicional que ficou conhecido como *peace v. justice*. Nesse debate, as escolhas a fazer em um processo de transformação política estariam relacionadas a uma dicotomia forte entre o pleno esquecimento do passado em prol de reconciliação, por meio da adoção de leis de anistia, e a obtenção de justiça retributiva por meio da realização de julgamentos de perpetradores de violações de direitos humanos (MALLINDER, 2008, p. 2). Exemplos de autores que discutem esse debate são citados na infra nota 67.

Assim, a decisão pela concessão de anistia ou pelo julgamento de responsáveis por violações de direitos humanos, questões debatidas neste estudo, envolve também a discussão a respeito do que é considerado relevante em determinado caso concreto, o que depende dos objetivos do processo de alteração de regime. Verificam-se fortes embates políticos a respeito de quais deveriam ser tais objetivos, uma vez que se trata de temas disputados, como bem ilustram os casos analisados no capítulo anterior. A adoção de mecanismos de justiça de transição, como anistias e julgamentos, está intimamente relacionada a essas batalhas e escolhas políticas (TEITEL, 2008, p. 2).

As presentes considerações introdutórias sobre justiça de transição buscam possibilitar uma análise cuidadosa dos argumentos que sustentam a autoridade das anistias, refletindo a capacidade local de agir. Não se pretende apresentar e debater tais argumentos para que, descolado de qualquer contexto concreto, se faça uma escolha pela melhor forma de empreender um processo de transição política – como se houvesse um critério objetivo para avaliar bons e maus processos de mudança de regime. O conflito normativo entre regras universais de direitos humanos e capacidade local de agir está relacionado a questões controversas sobre a maneira de implementar direitos humanos em situações reais e as respostas não podem ser oferecidas de maneira abstrata.

Assim, o recurso aos argumentos de justiça de transição é feito, no presente capítulo, sem a pretensão de apresentar a melhor resposta sobre transição política de maneira apriorística, mas apenas para que se possa entender o que está em jogo em cada uma das alternativas que integram o conflito normativo descrito no capítulo anterior, em especial buscando compreender os diversos objetivos normativos que estão relacionados à concessão de anistias locais.

Deve-se ressaltar que o campo da justiça transicional, como se apresenta atualmente, tampouco seria capaz de apresentar *a priori* a melhor saída em termos de transição política. Adota-se aqui o entendimento discutido por Christine Bell (2009, p. 25), segundo o qual transição seria algo diverso de uma situação pós-conflito. A atuação da justiça de transição compreende a esperança de lidar com situações conflituosas de maneira menos violenta em comparação com o verificado no passado, buscando-se traduzir a violência do conflito em um conjunto de estruturas institucionais políticas e jurídicas capazes de permitir que as mesmas batalhas políticas relacionadas à situação conflituosa do passado possam ocorrer, mas de forma menos violenta, possibilitando o estabelecimento de novos acordos políticos.

Nesse sentido, não há qualquer garantia de que a mera adoção de mecanismos de justiça de transição – como anistias, comissões de verdade, julgamentos, programas de reparação, dentre outros – possa resolver e encerrar os conflitos políticos relacionados ao regime anterior. A problemática da justiça de transição não se reduz a um conjunto de alternativas técnicas, como se houvesse uma caixa de ferramentas disponível para consertar situações conflituosas – o próprio uso do termo “mecanismo” parece contribuir para esse entendimento (BELL, 2009, p. 27).

Essa não é a perspectiva que se pretende adotar neste estudo, e a análise dos argumentos que sustentam a autoridade da capacidade local de agir será feita, a seguir, buscando considerar a complexidade dos processos de transformação política.

3.2 Anistias locais e a luta contra a impunidade

O discurso universalista de direitos humanos desenvolvido pela Corte Interamericana, conforme decisões analisadas no capítulo anterior, guarda relação com um fenômeno mais amplo, que se verifica a partir do término da Guerra Fria e que vem se intensificando desde então: a chamada luta contra impunidade.

Essa questão tem se afirmado como preocupação norteadora dos trabalhos da Organização das Nações Unidas (ONU). A ruptura das estruturas de poder vigentes durante o período da Guerra Fria possibilitou que o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CS/ONU) recebesse apoio político dos Estados para intervir de forma direta nas guerras civis da Ex-Iugoslávia e Ruanda, nos anos 1990, sendo autorizada pelo CS/ONU a criação de tribunais internacionais *ad hoc* para julgar indivíduos responsáveis por violações de direitos humanos ocorridas nesses locais (KOSKENNIEMI, 2007, p. i).

Também nos anos 1990, a Assembleia-Geral da ONU iniciou os trabalhos para o estabelecimento de uma corte penal internacional de caráter permanente, com competência para julgar indivíduos responsáveis pelo cometimento de crimes internacionais, o que de fato

se consolidou em 1998, com a assinatura do Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI). O Estatuto de Roma entrou em vigor em 2002.⁵⁷

Mesmo com a criação do TPI, o contexto da luta contra a impunidade também compreende, mais recentemente, a instalação de cortes híbridas ou mistas, instituições que buscam equilibrar a realização de procedimentos imparciais (supostamente a qualidade de uma corte internacional) e sua proximidade com a sociedade afetada pelo conflito. Tais cortes são compostas por juízes e promotores nacionais e internacionais que aplicam regras oriundas desses dois âmbitos, se localizam no território onde ocorreu o conflito envolvendo graves violações de direitos humanos (KUOSMANEN, 2007, p. 2) e têm o objetivo de investigar e julgar os indivíduos responsáveis pelas violações.

Atualmente, podem ser apontadas como cortes híbridas, sempre com envolvimento da ONU em sua criação e implementação: os Painéis Especiais no Timor Leste, os painéis internacionalizados do Kosovo, a Câmara Especial para Crimes de Guerra na Bósnia-Herzegovina, a Corte Especial para Serra Leoa, as Câmaras Extraordinárias nas cortes do Camboja e o Tribunal Especial para o Líbano.⁵⁸

Vale mencionar, ainda, que o final do século passado testemunhou a atuação de Estados como a Bélgica e a Espanha afirmando jurisdição universal para investigar e julgar indivíduos responsáveis por graves violações de direitos humanos perante suas cortes nacionais.⁵⁹ Alegando a existência de interesses da comunidade internacional, a jurisdição universal foi afirmada mesmo na ausência dos critérios que tradicionalmente determinam a responsabilidade de um Estado pela investigação e julgamento de violações – territorialidade, nacionalidade, personalidade passiva e interesse estatal (KMAK, 2011, p. 5).

O combate à impunidade tornou-se, assim, um fenômeno importante e atual, em que se verifica forte atuação da ONU no sentido de realizar ou possibilitar a realização de

⁵⁷A concessão de anistias em face do disposto no Estatuto de Roma será objeto de análise mais adiante neste trabalho.

⁵⁸Sobre cortes híbridas, ver, dentre outros, ROMANO, Cesare P. R.; NOLLKAEMPER, André; KLEFFNER, Jann K. (Eds.) *Internationalized criminal courts: Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*. Oxford: Oxford University, 2004. (International Courts and Tribunals Series); MARTINEAU, Anne-Charlotte. *Les juridictions pénales internationalisées: un nouveau modèle de justice hybride?* Paris: Pedone, 2007. (CERDIN Paris I Perspectives Internationales) e NOUWEN, Sarah. 'Hybrid courts': the hybrid category of a new type of international crimes courts. *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 46/2011*. Research Paper Series. Disponível em: <<http://www.law.cam.ac.uk/ssrn/>>. Acesso em: 20 out. 2011. Vale ressaltar que, excepcionalmente, o Tribunal Especial para o Líbano foi instalado na Haia e o julgamento do ex-presidente Charles Taylor, empreendido pela Corte Especial para Serra Leoa, também foi realizado nessa cidade.

⁵⁹Sobre atuação da jurisdição universal após 1990, ver KMAK, Magdalena. *The scope and application of the principle of universal jurisdiction*. Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2011, p. 46-63. (The Erik Castrén Institute Research Reports, 28/2011).

julgamentos criminais individuais ante violações de direitos humanos, o que inclui a elaboração de diversos documentos para nortear as atividades da organização.

Sem a pretensão de elaborar uma análise exaustiva a respeito da atuação da ONU e de outras organizações internacionais na luta contra a impunidade, tampouco de apresentar uma extensa revisão de literatura a respeito da responsabilização criminal internacional de indivíduos em face de violações de direitos humanos, serão mencionados nesta seção do texto alguns documentos relacionados ao discurso da luta contra a impunidade e à concessão de anistias locais, em especial os trabalhos de elaboração e de revisão dos chamados *Joinet principles*.

A escolha dos *Joinet principles* como material apto a ilustrar o discurso afirmado a respeito da luta contra a impunidade se deve ao caráter sistemático do conjunto de princípios, o que permite uma exposição clara e direta desse discurso.⁶⁰ Os princípios foram elaborados para embasar a escolha pela proteção aos direitos humanos enquanto combate à impunidade, no entanto, os mesmos não tratam do tema com exclusividade. Há outros documentos e textos que abordam a questão da responsabilização criminal internacional de indivíduos em virtude de violações de direitos humanos.⁶¹

Nesse passo, esse tema foi diretamente discutido no âmbito das Nações Unidas em consequência do pedido elaborado pela Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, na época órgão da Comissão de Direitos Humanos da organização, para que fosse realizado estudo sobre a impunidade de perpetradores de violações de direitos humanos. Em sua 43ª sessão, realizada em agosto de 1991, a subcomissão apontou Louis

⁶⁰Deve-se ressaltar que os *Joinet principles* têm sido referidos explicitamente na jurisprudência da Corte Interamericana, em especial nos casos analisados no capítulo anterior – *Barrios Altos* (CORTE INTERAMERICANA, 2001a, Voto Concorrente Trindade, nota de rodapé 8); *Gomes Lund* (CORTE INTERAMERICANA, 2010, par. 152) e *Gelman* (CORTE INTERAMERICANA, 2011, par. 200).

⁶¹A título ilustrativo, Ellen Lutz e Kathryn Sikkink (2001) também trataram da crescente responsabilização criminal internacional de indivíduos em face de violações de direitos humanos, caracterizando esse fenômeno como *justice cascade*. Recentemente, Kathryn Sikkink (2011, p. 38) refere essa tendência de responsabilização penal individual por violação de direitos humanos como a ascensão da “era da responsabilização”: “Justiça em cascata é a abreviação que eu usei para me referir à mudança dramática na legitimidade das leis de responsabilização penal individual por violações dos direitos humanos e um aumento nas ações (processos) em nome dessas leis. Neste volume, porém, referimo-nos a essa tendência como a ascensão da Era da Responsabilização.”

Joinet como relator especial para elaboração do referido estudo (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 1).⁶²

Em agosto de 1997, durante a 49ª sessão da Subcomissão, o relatório final de Joinet foi apresentado para, após comentários, ser submetido à análise da então existente Comissão de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 15). Vale referir que o relatório tratou apenas da impunidade no que tange a violações de direitos civis e políticos. Os direitos econômicos, sociais e culturais foram objeto de outro estudo, também relacionado à questão da impunidade, mas realizado por relator especial diverso, El Hadji Guissé. Esse último estudo não será analisado nesta sede.⁶³

O relatório de Joinet de 1997 buscou sistematizar a discussão a respeito da impunidade por meio da apresentação de um conjunto de princípios sobre o tema, com o objetivo de reforçar o comprometimento da ONU nesse âmbito (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997b, par. 46.2).

Nesse contexto, os *Joinet principles* qualificaram a luta contra a impunidade em função de três direitos das vítimas de violações: o direito de saber o que ocorreu (*right to know*), o direito de acesso à justiça e o direito a reparações, além da implementação de medidas que evitem a repetição de violações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 16).

O *right to know* das vítimas estaria diretamente relacionado ao dever de memória dos Estados, de forma que se trata de um direito coletivo que estaria para além da afirmação do direito individual à verdade. Saber todos os detalhes relativos a violações graves e sistemáticas de direitos humanos teria como objetivo maior prevenir a ocorrência de novas violações. Para tanto, foram indicadas por Joinet duas medidas aptas a garantir a realização plena do *right to know*: a instauração de comissões de inquérito extrajudiciais (sem que tais

⁶²Anteriormente, durante os anos 1980, Louis Joinet empreendera estudo sobre anistias, também como relator especial indicado pela Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, por meio de resolução adotada em setembro de 1983. O estudo sobre anistias, denominado *Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights*, foi apresentado pelo relator especial à subcomissão em junho de 1985 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, par. 1-2). Esse estudo será mencionado mais adiante neste capítulo.

⁶³A divisão do relatório sobre impunidade em duas partes, uma sobre direitos civis e políticos e outra sobre direitos econômicos, sociais e culturais, foi empreendida por decisão da subcomissão, por meio de resolução adotada em 1994, e reflete a divisão constante nos pactos internacionais de 1966 – um sobre direitos civis e políticos, outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Guissé apresentou seu relatório final em junho de 1997 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997b). A questão das anistias, tal como estudada no presente trabalho, relaciona-se de forma mais próxima com o relatório de Joinet sobre direitos civis e políticos, de forma que toda a discussão sobre impunidade de violações de direitos econômicos, sociais e culturais não será aprofundada.

comissões substituam a atuação do poder judiciário) e a preservação de arquivos relacionados às violações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 17-25).

O direito de acesso à justiça envolveria, por seu turno, a existência de direito a um remédio justo e efetivo em caso de violações de direitos humanos. Isto é, as vítimas devem ter a oportunidade de levar seus opressores a julgamento, obtendo as devidas reparações. Joinet assumiu, em seu estudo, que não haveria reconciliação definitiva sem uma resposta efetiva em termos de justiça para as vítimas de violações de direitos humanos, sendo resposta efetiva entendida enquanto julgamento. Nesse sentido, para o relator especial, só seria possível falar em perdão quando fosse conhecido o autor da violação e quando houvesse arrependimento do mesmo. O perdão seria, assim, ato privado da vítima condicionado aos requisitos mencionados, segundo Joinet. Ao direito de acesso à justiça corresponderia o dever dos Estados de investigar, julgar e, eventualmente, punir os responsáveis pelas violações, incluindo as jurisdições nacional e internacional, além de ser reforçada a possibilidade de atuação da jurisdição universal (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 26-29).

O direito de acesso à justiça justificaria restrições a certas regras jurídicas, enquanto aspecto próprio do discurso de luta contra a impunidade. Assim, restrições aplicadas a prazos prescricionais, à concessão de asilo, à extradição, à revelia, às leis de obediência devida, às regras sobre arrependimento, à jurisdição militar, ao princípio da inamovibilidade de juízes e à concessão de anistias seriam todas medidas necessárias para a consecução do combate à impunidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 30-39).

Em especial, no que tange à concessão de anistias, foi afirmado no estudo que estas não poderiam ser concedidas a perpetradores de sérios crimes de direito internacional antes que as vítimas tivessem obtido justiça por meio de um remédio efetivo.⁶⁴ As anistias, segundo Joinet, não poderiam ter efetividade em procedimentos judiciais já iniciados pelas vítimas, impedindo a obtenção de reparações pelas violações sofridas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 32).

Com respeito ao direito a reparações, afirmou-se no estudo que reparações devem compreender medidas individuais, em especial restituição (retorno ao *status quo ante*),

⁶⁴Nos termos das definições apresentadas nos *Joinet principles*, sérios crimes de direito internacional compreenderiam crimes de guerra, crimes contra a humanidade – incluindo o genocídio –, além de graves violações de direito internacional humanitário (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, Anexo II, DEFINITIONS B).

compensação (por danos físicos e mentais, oportunidades perdidas, difamação e custas judiciais) e reabilitação (cuidados médicos, incluindo tratamento psicológico e psiquiátrico), além de medidas coletivas simbólicas para reparação moral (como cerimônias comemorativas, monumentos, pedidos estatais públicos de desculpas, dentre outras) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 40-42).

Por fim, as garantias de não repetição sugeridas pelo estudo em análise envolveram o desmonte de grupos armados paraestatais, com a devida reinserção de seus integrantes na sociedade; a extinção de legislação e de tribunais de caráter emergencial, sendo reconhecida a força do remédio de *habeas corpus*; além de medidas de purgação, incluindo a retirada, do poder público, de oficiais envolvidos em violações do regime anterior (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 43).

Após um panorama explicativo dos direitos das vítimas que compõem a luta contra a impunidade, o estudo em análise apresentou o conjunto de princípios propriamente dito, composto por 42 dispositivos e algumas definições de caráter geral.⁶⁵ Ao final do estudo, Joinet apresentou considerações conclusivas que merecem breve destaque, pois permitem contextualizar os argumentos que norteiam a presente tese.

O relator especial afirmou existirem questões sem resposta, situações alarmantes que contribuem para a continuidade da impunidade – mesmo que seja por razões técnicas, como sublinhou Joinet. Uma dessas questões técnicas seria o altíssimo número de acusados em determinadas situações de violações sistemáticas de direito humanos. Como julgar tantos indivíduos? (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, par. 48).

Pode-se questionar se seriam propriamente questões técnicas ou se seriam as contingências de uma abordagem que criminaliza condutas relacionadas a períodos de intenso conflito político, de acordo com a qual não resta alternativa a não ser investigar e julgar todos os responsáveis. E aqui temos as limitações práticas de tal abordagem: na ausência de condições materiais para julgar tantos acusados de violações de direitos humanos, Joinet propôs o estabelecimento de prioridades e o julgamento somente daqueles que estariam no topo da hierarquia de um contexto de violações.

⁶⁵Vale a pena transcrever o entendimento apresentado para impunidade: “‘Impunity’ means the impossibility, de jure or de facto, of bringing the perpetrators of human rights violations to account – whether in criminal, civil, administrative or disciplinary proceedings – since they are not subject to any inquiry that might lead to their being accused, arrested, tried and, if found guilty, sentenced to appropriate penalties, and to making reparations to their victims.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1997a, Anexo II, DEFINITIONS A).

Pergunta-se: quais seriam as consequências de julgar somente uma parcela de violadores? Seria revelada toda a verdade sobre os fatos (*right to know*) e seriam todas vítimas devidamente reparadas em face das violações sofridas? Em outras palavras: a responsabilidade criminal individual seria suficiente para dar conta de profundas crises políticas? (KOSKENNIEMI, 2002, p. 1).

Recentes casos de criminosos de guerra, Biljana Plavšić e Naser Oric, julgados e condenados pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, revelam que há aspectos complexos a enfrentar em relação a julgamentos penais internacionais. Após cumprimento de pena, Plavšić e Oric voltaram para casa e foram recebidos como heróis nacionais, sem que fosse condenada, pela comunidade local, sua atuação enquanto criminosos de guerra e perpetradores de violações de direitos humanos (SIMIC, 2011).

Essas questões serão debatidas no próximo capítulo, mas o que se busca, neste momento, é chamar a atenção para o fato de que o próprio relator reconhece a existência de questões que podem restar sem solução ou obscurecidas em nome da afirmação de princípios de combate à impunidade.

Optou-se por mencionar com mais detalhes a abordagem estabelecida pelos *Joinet principles* porque esses princípios consolidam o entendimento de que o direito internacional não deve permitir que violações de direitos humanos, em especial as mais sérias e os crimes internacionais, retem impunes. Nesse cenário em que se afirma um dever de julgamento, anistias locais passariam a ser vistas como um ilícito internacional, na medida em que não permitiriam às vítimas saber a verdade a respeito de violações graves e sistemáticas e a elas negariam um remédio justo para obter a responsabilização de perpetradores e para obter reparações, restando igualmente prejudicada a intenção de impedir novos conflitos. Essa mesma argumentação tem sido amplamente desenvolvida pela Corte Interamericana, como visto no capítulo anterior.

Vale ressaltar que a atuação da ONU, no sentido de estabelecer o combate à impunidade nos termos referidos anteriormente, reflete boa parte dos debates acadêmicos realizados entre o final da década de 1980 e o início dos anos 1990 a respeito de violações de direitos humanos e transição política. Como afirma Paige Arthur (2009, p. 324), a emergência do campo da justiça de transição nesse período esteve relacionada a um conjunto de interações entre ativistas de direitos humanos, advogados, juristas, formuladores de políticas públicas, jornalistas, filantropos e políticos, todos preocupados com a questão dos direitos

humanos e a dinâmica da transição para a democracia.⁶⁶ O já referido debate *peace v. justice* tratou dessa problemática de uma maneira fortemente dicotômica, como se um movimento de transformação política envolvesse uma escolha absoluta entre duas possibilidades excludentes: paz ou justiça.⁶⁷

A crença de que o direito internacional seria discurso apto a resolver conflitos políticos envolvendo graves e sistemáticas violações de direitos humanos, por meio de obrigações inequívocas de processar indivíduos responsáveis por tais violações, foi renovada em 2004, quando a Comissão de Direitos Humanos da ONU determinou a atualização dos *Joinet principles* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b).⁶⁸

O documento final que atualizou o conjunto de princípios de 1997 foi apresentado à Comissão de Direitos Humanos em fevereiro de 2005 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a), sendo mantidos os seus contornos originais. As alterações empreendidas buscaram refletir recentes desenvolvimentos do direito internacional, incluindo a prática dos Estados e a jurisprudência internacional, em especial para esclarecer o escopo das obrigações dos Estados estabelecidas pelo direito internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b, par. 1-5).

Foi afirmada a importância da participação das vítimas, incluindo participação igualitária de mulheres e crianças, na criação de políticas locais de combate à impunidade. Nesse sentido, amplas consultas com as vítimas e políticas que efetivamente dialogassem com as necessidades de quem sofreu violações durante conflitos foram aspectos afirmados como

⁶⁶Nesse sentido, ver, exemplificativamente, ORENTLICHER, Diane F. Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 100, n. 8, p. 2537-2615, 1990-1991 e ROTH-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, Berkeley, v. 78, n. 2, p. 449-514, 1990. Três conferências internacionais foram realizadas entre 1988 e 1994, com participantes de perfis similares (em termos de competências profissionais) e, algumas vezes, contando com os mesmos participantes nos três eventos (ARTHUR, 2009, p. 364-367). Em 1988, o Instituto Aspen organizou a conferência denominada *State crimes: punishment or pardon* nos Estados Unidos; em 1992, a Fundação Carta 77 organizou novo evento denominado *Justice in times of transition* na Áustria; em 1994, o Instituto para Democracia na África do Sul realizou a conferência *Dealing with the past* na África do Sul (ARTHUR, 2009, p. 325).

⁶⁷Para uma discussão a respeito do debate *peace v. justice*, ver ZARTMAN, William I.; KREMENYUK, Viktor A. (Eds.). *Peace versus justice: negotiating forward – and backward - looking outcomes*. Lanham: Rowman; Littlefield, 2005; SCHARF, Michael P. Justice versus peace. In: SEWALL, Sarah B.; KAYSEN, Carl (Eds.). *The United States and the International Criminal Court: national security and international law*. Boston: Rowman; Littlefield, 2000; BASSIOUNI, M. Cherif. Searching for peace and achieving justice: the need for accountability. *Law and Contemporary Problems*, v. 59, n. 4, p. 9-28, 1996; SRIRAM, Chandra Lekha. *Confronting past human rights violations: justice vs. peace in times of transition*. New York: Frank Cass, 2004, dentre outros.

⁶⁸Em estudo prévio, comissionado pelo secretário-geral das Nações Unidas e apresentado em 2004, práticas estatais e jurisprudência internacional foram coletadas e avaliadas com base nos princípios de combate à impunidade para buscar compreender o alcance destes desde que foram apresentados em 1997 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004a).

aptos a assegurar uma justiça sustentável no futuro, tudo em conformidade com o direito internacional, tradições locais e aspirações nacionais, sem a importação de modelos e sem a pretensão de apontar soluções *one-size-fits-all* para violações de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b, par. 7-9).

Na medida em que o combate à impunidade continuou relacionado ao *right to know*, ao direito a um remédio efetivo e ao direito a reparações, incluindo medidas de não repetição, não será feita, nesta sede, extensa análise dos princípios atualizados. Vale apenas mencionar que a definição de impunidade foi mantida em sua proposição original, mas o texto do princípio n. 1 foi atualizado buscando esclarecer que várias devem ser as medidas adotadas pelo Estado para que este possa concretizar a luta contra a impunidade em uma abordagem que deve ter contornos abrangentes. Assim, além de julgamentos, medidas de reparação, medidas que visam ao esclarecimento dos fatos e a questão da não repetição também devem integrar a atuação estatal na luta contra a impunidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b, par. 16).⁶⁹

De uma forma geral, várias revisões empreendidas no texto dos princípios buscaram uma redação mais ponderada para os dispositivos, possibilitando a inserção de inovações experimentadas recentemente nos âmbitos nacional e internacional, como comissões de verdade. A intenção foi evitar um discurso extremamente determinista e abrir possibilidades para uma interação maior entre o contexto interno e o direito internacional.

Seguindo essa linguagem menos determinista, o texto revisado do conjunto de princípios sobre o combate à impunidade não definiu quais crimes internacionais seriam imprescritíveis. Nesse ponto, afirmou-se que o direito internacional nessa área estaria em desenvolvimento, sem que fosse possível apontar um rol de crimes imprescritíveis (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b, par. 47). Como visto no capítulo anterior, a questão da imprescritibilidade foi aspecto fundamental para garantir a competência da Corte Interamericana no caso *Almonacid Arellano*, tendo sido afirmada a

⁶⁹“I. COMBATING IMPUNITY: GENERAL OBLIGATIONS. PRINCIPLE 1. GENERAL OBLIGATIONS OF STATES TO TAKE EFFECTIVE ACTION TO COMBAT IMPUNITY. Impunity arises from a failure by States to meet their obligations to investigate violations; to take appropriate measures in respect of the perpetrators, particularly in the area of justice, by ensuring that those suspected of criminal responsibility are prosecuted, tried and duly punished; to provide victims with effective remedies and to ensure that they receive reparation for the injuries suffered; to ensure the inalienable right to know the truth about violations; and to take other necessary steps to prevent a recurrence of violations.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a, p. 7, grifos do autor).

imprescritibilidade das violações cometidas contra o senhor Almonacid enquanto crimes contra a humanidade.

Finalmente, no que diz respeito à questão das anistias locais, o texto revisado dos *Joinet principles* manteve o entendimento de que anistias não podem impedir a investigação, o julgamento e a eventual punição de sérios crimes de direito internacional.⁷⁰ Assim, mesmo buscando reconhecer certas particularidades locais no que tange à luta contra a impunidade, mudanças significativas não foram empreendidas na atualização dos princípios em debate relativamente à concessão de anistias.⁷¹

Vale ressaltar que a atualização dos *Joinet principles* foi elaborada no contexto do relatório *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004b), apresentado pelo secretário-geral das Nações Unidas em 2004. Esse relatório sobre justiça transicional buscou articular uma linguagem comum para as expressões “justiça”, “Estado de Direito” e “justiça de transição”, de forma a nortear a atuação das Nações Unidas em situações concretas. Foram também afirmadas as bases normativas para essa atuação: a Carta da ONU e os denominados quatro pilares do sistema jurídico internacional atual – o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário, o direito internacional penal e o direito internacional dos refugiados. A partir da apresentação desse relatório de 2004, um discurso coerente e forte teria se desenvolvido no cenário mundial, conforme afirmado pela própria ONU recentemente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011, par. 2).

⁷⁰A definição de sérios crimes de direito internacional foi revista com o intuito de adequá-la em face da jurisprudência de tribunais penais internacionais atualmente existentes, de mecanismos internacionais de supervisão de direitos humanos e de cortes nacionais. A menção a graves violações de direito internacional humanitário foi reorganizada enquanto espécie da categoria mais ampla de crimes de guerra e outras sérias violações de direitos humanos foram incluídas no texto revisado dos princípios (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005b, par. 13). Assim, sérios crimes de direito internacional compreendem violações dos dispositivos das Convenções de Genebra de 1949 e de seu protocolo adicional I de 1977, além de outras violações de direito internacional humanitário que são consideradas crimes pelo direito internacional, genocídio, crimes contra a humanidade e outras violações de direitos humanos consideradas crimes internacionais, como tortura, desaparecimento forçado, execução extrajudicial e escravidão (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a, DEFINITIONS B).

⁷¹“PRINCIPLE 24. RESTRICTIONS AND OTHER MEASURES RELATING TO AMNESTY

Even when intended to establish conditions conducive to a peace agreement or to foster national reconciliation, amnesty and other measures of clemency shall be kept within the following bounds:

(a) The perpetrators of serious crimes under international law may not benefit from such measures until such time as the State has met the obligations to which principle 19 refers or the perpetrators have been prosecuted before a court with jurisdiction – whether international, internationalized or national – outside the State in question;

(b) Amnesties and other measures of clemency shall be without effect with respect to the victims’ right to reparation, to which principles 31 through 34 refer, and shall not prejudice the right to know; [...]”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005a, p. 14).

De uma forma geral, pode-se afirmar que o relatório de 2004 elaborado pelo secretário-geral reconheceu que as instituições de justiça de transição deveriam ser mais sensíveis ao contexto local, às tradições e às dinâmicas políticas (LEEBAW, 2008, p. 117). Assim, pode ser identificada uma maior preocupação com as particularidades locais e também a intenção de não apontar modelos rígidos de justiça de transição, evitando a adoção de soluções únicas para os mais diversos conflitos e situações de violação de direitos humanos.

No entanto, essa maior sensibilidade para a dimensão local do conflito, da mesma forma como visto na revisão dos *Joinet principles*, não alterou o entendimento a respeito da concessão de anistias locais. Dentre as conclusões e recomendações apresentadas para nortear a atuação futura da organização, foi rejeitada a adoção de anistias em face de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, incluindo crimes internacionais baseados em questões étnicas, sexuais e de gênero. Nesse passo, anistias não poderão ser barreiras ao julgamento dos responsáveis por tais crimes, seja em tribunais da ONU, seja em tribunais apoiados pela organização (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2004b, par. 64, c).

O relatório de 2004 sobre justiça de transição e Estado de Direito foi recentemente revisto, com o objetivo de avaliar os progressos empreendidos no âmbito das Nações Unidas em resposta às conclusões e recomendações apresentadas naquela época. O relatório de revisão data de 12 de outubro de 2011 e nele restou reafirmado o discurso da organização no que se refere à concessão de anistias – ou seja, reiterou a existência de uma política de rejeição a qualquer anistia concedida em face de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e sérias violações de direitos humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2011).

Nota-se, assim, a expressa exclusão, na atuação da ONU, de anistias enquanto alternativa hábil a empreender um processo de transição política.

O discurso sobre o combate à impunidade, nos moldes propostos pelos *Joinet principles*, assume como adequada uma determinada maneira de proteger os direitos das vítimas. Assim, as vítimas de violações graves e sistemáticas de direitos humanos só teriam condições de conhecer todos os detalhes a respeito das violações por meio da realização de julgamentos. Da mesma forma, apenas julgamentos seriam capazes de proporcionar justiça e reparação de maneira efetiva, sendo a única saída capaz de evitar novas situações de violação de direitos humanos.

O presente estudo pretende colocar em questão essas pressuposições. Julgamentos seriam a única forma adequada de lidar com situações de conflito e transformação política? Seria possível alcançar tal conclusão de maneira abstrata, sem levar em conta as particularidades do caso concreto? Haveria outras formas de lidar com contextos violentos de mudança de regime, atentando para questões diversas daquelas apresentadas pelos *Joinet principles*, tais como reconciliação e pacificação nacionais?

Relativamente aos direitos das vítimas, a verdade só seria revelada em procedimentos de caráter penal? Tais procedimentos seriam a única forma de prover justiça às vítimas? Seria possível pensar em programas de reparação que dispensassem as formalidades dos julgamentos? O mesmo questionamento pode ser feito em face das garantias de não repetição: seriam os julgamentos medidas infalíveis nesse sentido? Não há dúvidas de que a realização de julgamentos está relacionada à verdade, à justiça e à reparação, mas seria possível pensar em outros aspectos, que estariam sendo desconsiderados ao adotar como única saída possível a realização de julgamentos?

Na medida em que descarta a possibilidade de alternativas jurídicas diversas para lidar com contextos violentos de transformação política, a racionalidade que está envolvida nos *Joinet principles* e no discurso sobre o combate à impunidade não deixa espaço para que novas respostas sejam pensadas para os questionamentos anteriormente expostos. As situações conflituosas de mudança de regime seriam todas vistas da mesma forma, como se fosse possível oferecer um tratamento homogêneo para as mais diversas situações de transformação política. Ademais, pensando de forma mais pragmática, na hipótese de dificuldades no estabelecimento de instituições judiciárias locais ou internacionais, os esforços empreendidos para uma transição pacífica podem se esvaír por conta da falta de recursos materiais, da ausência de pessoal qualificado, da não cooperação com os julgamentos e da dificuldade de produção de provas, dentre outras dificuldades factíveis em um contexto concreto de mudança de regime.

Assim, limitar *a priori* as alternativas possíveis para lidar com situações de transformação política e violação de direitos humanos, sem considerar as características de uma dada situação concreta, pode colocar em risco a própria possibilidade de superação da situação de conflito.

3.2.1 A concessão de anistias e os dispositivos do estatuto do Tribunal Penal Internacional

O disposto no preâmbulo do Estatuto de Roma, instrumento que determinou a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI), parece ir ao encontro do que foi afirmado até o momento sobre o discurso da luta contra a impunidade:

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 por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes. (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998).

No entanto, alguns dispositivos do Estatuto de Roma possibilitariam uma interpretação diversa, no sentido de que o TPI poderia reconhecer, em certos casos, a adoção de anistias em contextos locais, deixando de afirmar sua jurisdição em tais situações (SCHARF, 1999).

Três dispositivos desse instrumento internacional tratam da possibilidade de não atuação da jurisdição do tribunal em um caso concreto, seja pelo adiamento do inquérito e do procedimento criminal, seja pela não abertura de inquérito criminal pelo procurador do TPI. O artigo 16 discute especificamente a questão do adiamento em virtude de solicitação do Conselho de Segurança, concretizada em resolução aprovada nos termos do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas. O adiamento nesses termos durará 12 meses, com possibilidade de renovação nas mesmas condições. O artigo 17, por sua vez, estabelece as questões relativas à admissibilidade de um caso perante o TPI, e o n. 1, a, desse dispositivo afirma que um caso será considerado inadmissível se estiver sendo investigado ou julgado por um Estado. Trata-se da importante questão da complementaridade, princípio norteador da atuação do tribunal (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998).

Para a presente seção do texto, o mais relevante a ser mencionado é o artigo 53, que trata da decisão pela abertura de inquérito pelo procurador do TPI. Assim, após examinar as informações disponíveis, o procurador poderá decidir pela não abertura das investigações se julgar que não existe fundamento razoável para tal. Em sua decisão, o procurador poderá considerar se, tendo em vista a gravidade do crime e os interesses das vítimas, haveria razões substanciais para acreditar que uma investigação pelo tribunal não serviria aos interesses de justiça, como disposto no artigo 53, n. 1, c. Essa decisão do procurador pode ser revista pelo

Juízo de Instrução – artigo 53, n. 3 –, além de o próprio procurador poder reconsiderar sua decisão pela não abertura de inquérito a qualquer tempo – artigo 53, n. 4 (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, 1998).

Essa decisão discricionária do procurador do tribunal pode ser vista como uma abertura para consideração das anistias locais enquanto exceção à jurisdição do TPI, enquanto *scape clause* (HAFNER et al., 1999, p. 110). Por outro lado, a extensão da expressão “interesses de justiça” permitiria afirmar que questões de paz e reconciliação nacional podem ser contrapostas à necessidade de realização de julgamentos, levando em conta justamente a gravidade dos crimes cometidos no caso concreto e os interesses das vítimas. Assim, para além de um entendimento de justiça como realização de julgamentos com possível punição (justiça retributiva), seria possível pensar em outros mecanismos e em entendimentos mais amplos de justiça, de forma que, de acordo com o artigo 53, n. 1, c, anistias não seriam totalmente contrárias ao disposto no Estatuto de Roma (SCHARF, 1999; ROBINSON, 2003).

Seria possível ponderar se toda e qualquer anistia poderia ser considerada como exceção à jurisdição do TPI, enquanto instrumento que serviria aos interesses de justiça. Para Scharf (1999), na medida em que haveria inequívoco *duty to prosecute* em direito internacional apenas para o crime de genocídio e para as violações às Convenções de Genebra de 1949, não haveria qualquer constrangimento jurídico para a negociação de anistias com o objetivo de pacificação em âmbito local, mesmo em caso de crimes contra a humanidade e crimes de guerra em conflitos internos. No entanto, tendo em vista a variabilidade das leis de anistia na realidade, incluindo legislações que têm como objetivo o mero esquecimento do passado, somente anistias que estivessem ligadas a mecanismos alternativos de responsabilização e mecanismos de compensação, como comissões de verdade, poderiam ser consideradas exceções à jurisdição do TPI (SCHARF, 1999, p. 526).⁷²

⁷²O autor apresenta, no final do texto, seis etapas de análise para que o TPI possa considerar a compatibilidade de anistias locais. O autor ressaltou, no entanto, a importância do disposto no preâmbulo do Estatuto de Roma relativamente à luta contra a impunidade, enquanto regra que deve nortear tal análise de compatibilidade (SCHARF, 1999, p. 526-527). A questão do estabelecimento de critérios, pelo TPI, para análise de processos locais relacionados aos interesses de justiça foi objeto de manifestação expressa de Luis Moreno-Ocampo (2006), procurador do tribunal. Questionando a viabilidade de integrar às atividades do tribunal mecanismos locais, tendo em vista as limitações materiais do TPI para investigar e julgar todos os envolvidos no cometimento de crimes internacionais em diversos conflitos no globo, Ocampo chamou a atenção para a necessidade de estabelecimento de critérios nesse sentido, apontando os internacionalistas como sujeitos centrais nesse processo: “Legal scholars must understand and discuss these examples, and develop standards with regards to selection, peace and justice, and local justice initiatives.” (MORENO-OCAMPO, 2006, p. 501-502). Vale questionar se haveria a possibilidade de estabelecer tais critérios objetivos em direito internacional. Ver discussão relacionada ao chamado *objectification mistake* na supra nota 54.

Um entendimento diverso envolveria afirmar que admitir a exceção das anistias seria contrariar os objetivos básicos das Nações Unidas no que tange à luta contra a impunidade e contrariar a prática atual dos Estados em direito internacional nesse mesmo sentido, além de contrariar a própria natureza dos crimes de que trata o Estatuto de Roma. Enquanto crimes graves, considerados como tal pela comunidade internacional como um todo, os indivíduos que os cometem devem ser vistos como inimigos da humanidade, não sendo possível permitir a sua impunidade por meio da concessão de anistias pelos Estados. Dessa forma, a decisão pelo julgamento ou não de crimes internacionais deve ser uma competência exclusiva do TPI, enquanto órgão que representa os interesses da comunidade internacional de forma legítima, sem que exista possibilidade de interferência dos Estados. Nesse passo, o disposto no referido artigo 53 sobre interesses de justiça deveria ser visto como uma garantia a eventuais excessos do procurador, e não propriamente como dispositivo que permitiria ampla ação dos Estados, por exemplo, para adotar anistias para crimes internacionais como exceção à jurisdição do TPI (HAFNER et al., 1999, p. 109-113).

Vale referir que a possibilidade de não iniciar uma investigação em face dos interesses de justiça não foi expressamente utilizada pelo tribunal até o momento (VARAKI, 2011). Trata-se de uma categoria bastante controversa, talvez uma das questões mais complicadas do Estatuto de Roma, uma vez que a menção aos interesses de justiça em casos concretos poderia contribuir para a desmistificação do papel do TPI enquanto corte independente e autônoma, que busca uma atuação em termos estritamente técnicos pelo combate à impunidade e pela promoção de *accountability*. Na medida em que se abre a possibilidade para a discricionariedade do procurador em face de um entendimento mais amplo de justiça, envolvendo mecanismos diversos dos julgamentos, outras questões poderiam ser inseridas no âmbito de atuação do TPI conforme o entendimento do procurador, incluindo anistias locais, o que poderia expandir a dimensão política de uma instituição que se pretende apolítica (VARAKI, 2011).

Pelo exposto, é possível afirmar que a exceção das anistias à jurisdição do TPI, em razão do disposto no artigo 53 do Estatuto de Roma, permanece uma questão aberta para discussão.

3.3 Anistias locais e suas justificativas normativas

Esta seção do texto pretende discutir as justificativas normativas que podem ser adotadas para concessão de anistias, buscando um debate mais aprofundado a respeito de uma possível invalidade de anistias nacionais por força de uma argumentação que se pretende dominante no âmbito do direito internacional hoje (MALLINDER; McEVOY, 2011, p. 112).⁷³ Em outras palavras, antes de adotar o discurso de luta contra a impunidade, faz-se necessário compreender o outro lado da moeda: quais argumentos podem ser apresentados como razões para embasar a adoção de anistias nacionais?

A adoção de anistias por Estados é uma tendência crescente no cenário global desde o fim da Segunda Guerra Mundial (MALLINDER, 2008, p. 19). Novas leis dessa natureza vêm sendo adotadas recentemente⁷⁴, e o banco de dados sobre legislações de anistia,⁷⁵ criado por Louise Mallinder e desenvolvido no âmbito do projeto *Beyond Legalism*,⁷⁶ aponta a existência de 529 leis de anistias adotadas entre 1945 e fevereiro de 2010 em 138 Estados diferentes.

A intensa utilização de anistias em um período recente foi fenômeno também percebido pelos criadores da *transitional justice data base*.⁷⁷ Dentre 848 mecanismos de justiça de transição analisados, os quais foram implementados em 129 países no período de 1970 a 2007, a anistia foi o mais utilizado, com frequência correspondendo à metade do total (OLSEN; PAYNE; REITER, 2010, p. 39). Ainda segundo os autores, a utilização de anistias no período estudado foi verificada em todas as regiões analisadas, África, Ásia, Europa e Américas – com certa variação entre elas, sendo a África a região que mais se valeu de anistias e a Europa a que menos lançou mão desse mecanismo (OLSEN; PAYNE; REITER, 2010, p. 40).

⁷³Segundo os autores, razões mais pragmáticas, como as altas quantias despendidas para o funcionamento de tribunais internacionais, em comparação com as quantias necessárias para o funcionamento de outros mecanismos de justiça de transição, também denotariam certa preferência pela realização de julgamentos no contexto atual do direito internacional (MALLINDER; McEVOY, 2011, p. 108-109).

⁷⁴Segundo Mallinder (2007, p. 210), 66 novas leis de anistia foram adotadas entre janeiro de 2001 e dezembro de 2005.

⁷⁵Base de dados disponível em: <<http://incore.incore.ulst.ac.uk/Amnesty/about.html>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁷⁶Página eletrônica do projeto disponível em: <<http://www.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/Research/InstituteofCriminologyandCriminalJustice/Research/BeyondLegalism/>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁷⁷*Transitional Justice Data Base*, Universidade de Wisconsin, disponível em: <<http://sites.google.com/site/transitionaljusticedatabase/>>. Acesso em: 12 jul. 2011. Esse projeto, desenvolvido a partir de 2005, envolveu a criação de uma base de dados de mecanismos de justiça de transição, dentre julgamentos, comissões de verdade, anistias, reparações e políticas de lustração, utilizados em vários países, no período de 1970-2007.

Essa também foi a conclusão alcançada por Leslie Vinjamuri (2011, p. 176-184). Em estudo que analisou as denominadas estratégias de responsabilização para lidar com crimes de guerra, incluindo julgamentos, anistias e comissões de verdade, no período de 1945 a 2006, foi verificada a preponderância da adoção de anistias em mais da metade das estratégias individuais analisadas.

A menção a estudos que buscam quantificar a utilização de anistias em casos concretos não pretende afirmar que tal alternativa seria a mais adequada em contextos de transformação política somente por força de sua utilização recorrente pelos Estados. Ao contrário, a referência aos dados concretos tem como objetivo somente ilustrar determinada prática estatal. Ou seja, a adoção de anistias é fenômeno que efetivamente ocorre em paralelo ao discurso de luta contra a impunidade, o que o torna merecedor de atenção por parte de estudiosos, incluindo internacionalistas. Assim, enquanto prática estatal, é possível discutir quais razões podem ser apresentadas para justificar a adoção dessa alternativa em lugar de julgamentos em contextos de mudança de regime.

Propor a análise das razões que justificam a adoção de anistias pressupõe admitir uma prática que segue algum tipo de fundamentação, isto é, a adoção de anistias não seria mero hábito recorrente dos Estados ou prática aleatória, mas uma atuação informada por razões que a sustentam.⁷⁸

De uma forma geral, as justificativas que podem ser apresentadas para embasar a adoção de anistias também se relacionam a um discurso de direitos humanos. Nesse sentido, para além da dimensão conflitante entre anistias e julgamentos, é possível afirmar que essas duas alternativas seriam maneiras disponíveis de lidar com contextos de violação de direitos humanos e mudança de regime político. Considerando o objetivo maior de possibilitar uma transformação política pacífica e justa, tanto anistias quanto julgamentos podem ser maneiras eficientes de alcançar a mudança de regime sem violência.

Logo, mesmo tendo sido apresentados, anteriormente os termos de um conflito normativo entre normas universais de direitos humanos e capacidade local de agir, essa oposição pode ser reconfigurada, aproximando julgamentos e anistias enquanto alternativas viáveis para lidar com situações violentas de transição política. A questão é que a escolha da

⁷⁸Nesse sentido, ver a argumentação desenvolvida por Herbert L. A. Hart (2007, p. 64-67) a respeito da perspectiva interna de uma prática social.

alternativa mais adequada não pode ser feita de maneira abstrata, mas somente considerando as circunstâncias e contingências de um determinado contexto.

As anistias podem ser entendidas como instrumento capaz de promover a proteção de direitos humanos em situações concretas de conflito na medida em que podem facilitar a instauração ou a consolidação de um processo democrático, encorajando o consenso nacional na esteira da mudança política, além de possibilitar o término de conflitos nacionais e internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, par. 7). Essa foi a abordagem do primeiro estudo comparado de anistias (MALLINDER, 2010, p. 477), elaborado por Louis Joinet na década de 1980 no âmbito das Nações Unidas.⁷⁹

Ademais, pode-se afirmar que nem sempre a melhor saída seria reconstruir uma narrativa histórica completa a respeito dos fatos relacionados ao regime anterior. O esquecimento também pode ser visto como um direito daqueles que sofreram violações (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, par. 15), não sendo possível afirmar categoricamente que só a verdade ou a lembrança dos fatos seria portadora de reconciliação para as vítimas.

Em conflitos armados não internacionais, a concessão de anistias aos prisioneiros e detidos pode ser instrumento relevante para possibilitar a superação de uma situação de violência (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, par. 16). Exemplificativamente, o artigo 6, n. 5 do protocolo II às Convenções de Genebra de 1949, adotado em 8 de junho de 1977 e relacionado à proteção das vítimas de conflitos armados de caráter não internacional, determina que, ao final das hostilidades, as autoridades que detêm o poder devem empreender esforços para conceder ampla anistia aos participantes do conflito armado ou àqueles que foram privados de sua liberdade por força do conflito (CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE GENEBRA DE 1974-1977, 1977).⁸⁰

⁷⁹Comissionado também pela Subcomissão para Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias, sem tratar do perdão e da reabilitação, o estudo abordou somente anistias em sentido estrito e em face de ofensas políticas, ou seja, enquanto ato que retira o caráter ofensivo de condutas assim consideradas originalmente, sem aplicação da correspondente penalidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1985, par. 5-6).

⁸⁰Aos comentários que foram adicionados ao texto do protocolo II, afirmou-se que o escopo do artigo 5º, n. 6, referido seria encorajar gestos de reconciliação que poderiam contribuir para o restabelecimento das relações normais de uma nação dividida por um conflito armado. Comentários na página eletrônica do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/475-760010?OpenDocument>>. Acesso em: 13 nov. 2011. Uma crítica à utilização desse dispositivo de direito humanitário por cortes nacionais na África do Sul, no Chile e no Peru, enquanto fundamento jurídico para as decisões dessas cortes que determinaram a consistência das respectivas anistias nacionais em face do direito internacional, é apresentada por ROTH-ARRIAZA, Naomi. Combating impunity: some thoughts on the way forward. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 59, n. 4, p. 93-102, 1996.

Como ressaltado no início do presente capítulo, a menção a estudos e tratados internacionais cuja abordagem do tema da anistia não equivale ao discurso do direito internacional sobre combate à impunidade não possui como objetivo afirmar de maneira categórica e generalizante que as anistias são um melhor instrumento de justiça de transição. No entanto, a menção é válida como contraponto ao afirmado na seção anterior deste capítulo, ou seja, a prática argumentativa em direito internacional articula outras questões para além do discurso relacionado a um dever de julgar violadores. Argumentos relacionados a reconciliação nacional, transição democrática, pacificação interna, perdão, esquecimento, unidade nacional, dentre outros, são boas razões que podem ser elencadas para justificar a adoção do benefício em determinadas circunstâncias, como será visto a seguir.

Não se pode negar que a concessão de anistias pode ter como objetivo principal meramente evitar qualquer responsabilização de violadores de direitos humanos e funcionar unicamente como escudo para impedir *accountability*. No entanto, esses não são os únicos argumentos que podem ser apresentados para fundamentar a adoção de anistias nacionais. A ausência de julgamentos pode ser justificada por razões como reconciliação e pacificação, justificativas normativas tão importantes quanto a responsabilização relacionada estritamente a um procedimento criminal.

Para ilustrar esse outro lado da moeda das anistias, serão discutidas possibilidades argumentativas relacionadas a reconciliação, transição para democracia, pacificação interna, unificação nacional, perdão e esquecimento. Todas essas possibilidades se apresentaram em contextos concretos de adoção de anistias na África do Sul, no Brasil, Uruguai, com maior ou menor intensidade. No entanto, o uso de exemplos reais para auxiliar na análise dos bons argumentos que fundamentam anistias não tem como objetivo constituir um retrato exaustivo ou representativo da realidade. O que será discutido são as razões que motivaram certas práticas, sem preocupação com representatividade geográfica ou cultural dos contextos escolhidos e sem a preocupação de exaurir a discussão relacionada aos casos concretos de

anistia. A escolha de determinadas experiências nacionais foi feita, assim, unicamente com o objetivo de ilustrar as referidas possibilidades argumentativas.⁸¹

Nesse mesmo sentido, a associação de contextos concretos a determinada justificativa normativa não equivale a afirmar que o caso concreto esteve limitado a uma única justificativa normativa. De uma forma geral, os processos de adoção de anistias locais se relacionam a diversas motivações (MALLINDER, 2008, p. 40), incluindo aquelas que serão discutidas no presente trabalho – reconciliação, transição para democracia, pacificação interna, unificação nacional, perdão e esquecimento. Vale referir que a questão da reconciliação após um conflito violento parece estar sempre presente nos casos em que anistias foram adotadas.⁸²

No entanto, somente para facilitar a exposição dos argumentos relacionados às anistias, as experiências locais mencionadas nas próximas seções do texto serão narradas com o objetivo de iluminar determinada motivação, mesmo sendo possível adicionar outras justificativas às experiências em debate. Assim, sem qualquer pretensão de exaurir as experiências nacionais ou mesmo de classificá-las com etiquetas rígidas, passa-se ao debate dos bons argumentos que podem justificar a adoção de anistias em contextos violentos de mudança de regime.

3.3.1 Anistia, reconciliação e abertura democrática

Diferentemente do caso uruguaio, o processo de concessão de anistia no Brasil foi empreendido ainda no âmbito do regime militar, ou seja, promovido pelos próprios militares.

⁸¹Para identificar boas razões que podem estar relacionadas às anistias, o trabalho elaborado por Louise Mallinder (2007, 2008, 2009, 2011b) foi fundamental como fonte de pesquisa da presente tese. Essa autora sim elaborou estudo exaustivo de casos concretos (MALLINDER, 2008), buscando compilar e classificar os diversos processos de adoção de anistias empreendidos desde o fim da Segunda Guerra Mundial, como já referido anteriormente. Nesse sentido, a base de dados construída pela autora foi fonte importante para a reflexão a respeito das justificativas normativas que podem ser apontadas relativamente a anistias, cf. supra nota 75. No entanto, o presente estudo não possui como objetivo descrever e compilar experiências locais de anistia, mas apenas discutir os argumentos que estão relacionados a essa maneira de lidar com situações de transição política e violações de direitos humanos.

⁸²Para um estudo aprofundado sobre a questão da reconciliação, ver SARKIN, Jeremy J.; DALY, Erin. Too many questions, too few answers: reconciliation in transitional societies. *Columbia Human Rights Law Review*, New York, v. 35, n. 3, p. 101-168, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1334876>>. Acesso em: 20 nov. 2011. (Hofstra Univ. Legal Studies Research Paper No. 09-07).

No entanto, como será visto a seguir, pode-se discutir se o fato de a Lei de Anistia n. 6.683/79 ter sido promulgada em 1979 pelo então presidente do país, general Figueiredo, seria capaz de reduzi-la a um benefício que teve como única motivação evitar quaisquer ações de responsabilização do Estado violador de direitos humanos. O caso brasileiro de concessão de anistia parece ser mais complexo do que isso, constituindo-se em um processo político em construção e em intensa disputa até o presente momento (SOUSA, 2011, p. 192; BAGGIO, 2011, p. 253; MEZAROBBA, 2006, p. 18; RODRIGUES, 2009, p. 147; GONÇALVES, 2009, p. 272).

A ditadura brasileira, iniciada em 1964, passou por fases diversas, incluindo contextos de repressão intensa à oposição (a partir da edição do Ato Institucional n. 5, em dezembro de 1968, até a posse do general Geisel como presidente em 1974) e de maior abertura política, a chamada distensão, de 1974 até o final do regime, em 1985. Vale ressaltar que, diferentemente de outros países latino-americanos, o Congresso Nacional brasileiro continuou funcionando durante o regime autoritário, ainda que de forma limitada e bipartidária (MEZAROBBA, 2010, p. 8-10). Nesse passo, a adoção da Lei de Anistia em 1979 envolveu debates legislativos no Congresso Nacional entre o partido do governo, Aliança Renovadora Nacional (Arena), e o partido de oposição, Movimento Democrático Brasileiro (MDB).

De uma forma geral, estima-se que durante o regime militar, dez mil brasileiros tenham deixado o país na condição de exilados políticos. Destes, 130 teriam sido banidos do Brasil. Até 1979, ano de concessão da anistia, 7.367 pessoas teriam participado de procedimentos judiciais e 10.034, de investigações em inquéritos policiais; 6.592 militares teriam sido punidos por discordarem do regime e cerca de 245 estudantes, expulsos de universidades brasileiras. Para além dos atos oficialmente executados contra opositores políticos – e aqui a menção ao termo “oficialmente” se dá por força da doutrina de segurança nacional institucionalizada pelo regime em legislação própria e no Ato Institucional n. 5 (AI n. 5)⁸³ –, muitas pessoas foram torturadas de forma generalizada por agentes estatais em

⁸³O AI n. 5 suspendeu a possibilidade de interposição de *habeas corpus* em casos de crimes contra a segurança nacional. Foi permitido ao presidente da República fechar o Congresso Nacional, intervir nos governos estadual e municipal, suspender direitos políticos e cassar mandatos, além de afastar funcionários públicos (MEZAROBBA, 2006, p. 14). Por seu turno, a Lei de Segurança Nacional criminalizou condutas de oposição política ao regime, permitindo o julgamento de acusados em face de tais condutas (GONÇALVES, 2009, p. 274).

prisões e durante interrogatórios, além daquelas que foram mortas e desaparecidas em face da atuação do regime militar.⁸⁴

Uma das questões mais relevantes no caso brasileiro é que a reivindicação pela anistia já se fazia presente antes de 1979, empreendida por diversos segmentos sociais e não somente enquanto movimento unilateral do regime militar. Já nos anos 1960, logo após o golpe militar, manifestos pela concessão de anistia foram realizados por força da repressão estatal contra opositores políticos (MEZAROBBA, 2006, p. 23; GONÇALVES, 2009, p. 273). No entanto, foi a partir dos anos 1970 que o movimento popular pela anistia no Brasil ganhou força e articulação (GONÇALVES, 2009, p. 274), incluindo manifestações de mulheres, estudantes, juristas, organizações ligadas à ala mais progressista da igreja católica, metalúrgicos, dentre outros (MEZAROBBA, 2006, p. 27-28).

Assim, de uma forma geral, as manifestações favoráveis à adoção da anistia no Brasil estiveram relacionadas a um discurso de retomada da democracia, com a reorganização do Estado de Direito e o respeito aos direitos humanos (MEZAROBBA, 2006, p. 27), tendo em vista a intensa perseguição política empreendida pelo regime militar, incluindo, como já mencionado, a perda de direitos políticos, o exílio, a prisão, a tortura generalizada etc.

Nesse contexto, vale mencionar a criação, em 1978, no Rio de Janeiro, do Comitê Brasileiro de Anistia, organização que incorporou vários movimentos sociais favoráveis à concessão desse benefício, adotando um discurso em prol da defesa dos direitos humanos, afirmando-se a necessária libertação de todos os presos políticos, incluindo aqueles que empreenderam oposição armada ao regime (terroristas, segundo a ditadura), além da ampla restauração dos direitos políticos cassados (GONÇALVES, 2009, p. 275).⁸⁵ A anistia foi defendida, assim, como ampla, geral e irrestrita,⁸⁶ disseminando-se pela sociedade brasileira

⁸⁴O número de mortos e desaparecidos durante o regime militar no Brasil é menor do que o visto em outros países da América Latina, como a Argentina (BRASIL, 1995b, p. 431).

⁸⁵Sobre a linha de atuação do Comitê Brasileiro de Anistia (CBA), esclarece Glenda Mezarobba (2006, p. 29): “Em sua carta de princípios e em seu programa mínimo de ação, o CBA insistia que a luta por anistia estava inscrita ‘no quadro geral das demais lutas do povo brasileiro pela liberdades democráticas’ e defendia perdão imediato a todos os presos e perseguidos políticos (não-extensivo aos ‘algozes de suas vítimas’). Também reivindicava 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.”

⁸⁶“A dimensão da luta por anistia foi reforçada com a ‘Carta de Salvador’, elaborada durante encontro nacional de movimentos pela anistia, realizado em setembro de 1978, na capital baiana. ‘A luta pela anistia é necessária e imprescindível para a obtenção de uma conquista maior: as liberdades democráticas’, apontava o documento. 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’).” (MEZAROBBA, 2006, p. 31).

em eventos dos mais diversos, como jogos de futebol, reuniões de estudantes, datas comemorativas, dentre outros (GONÇALVES, 2009, p. 276).

Vale ressaltar que o contexto de adoção da anistia no Brasil, em 1979, esteve relacionado à fase final do regime militar, denominada distensão, em que a transição política democrática seria concretizada de forma lenta e gradual. Em outras palavras, uma abertura política organizada pelo próprio regime e pactuada entre as elites políticas brasileiras (MEZAROBBA, 2010, p. 11).

Nesse contexto, foram intensos os debates legislativos realizados para adoção de dispositivo de anistia em 1979, refletindo uma movimentação de grupos da sociedade brasileira que defendiam a adoção do benefício em sentidos diversos, divergindo especialmente no que tange ao alcance da anistia e aos seus beneficiários (GONÇALVES, 2009, p. 277).

A discussão legislativa a respeito da anistia teve início com um projeto de lei elaborado pelo poder executivo e enviado ao Congresso Nacional para deliberação em 27 de junho de 1979. No dia seguinte ao envio do projeto, mensagem presidencial sobre a anistia foi lida em sessão do legislativo, em que o presidente Figueiredo afirmou ser aquele o momento próprio para pacificação nacional e para o estabelecimento de uma coexistência democrática (MEZAROBBA, 2006, p. 37-39).

Nesse contexto, foi sugerida a participação de grupos sociais envolvidos com a anistia nas discussões legislativas, para que fosse promovido amplo debate nacional a respeito do tema. No entanto, essa proposta foi derrotada em votação no âmbito da comissão mista encarregada de analisar o projeto do governo – formada por membros do MDB e da Arena. A contar da data de instalação dessa comissão, 2 de agosto de 1979, os parlamentares teriam oito dias para apresentar emendas ao projeto, o relator teria até 18 de agosto para apresentar seu parecer e a comissão deveria finalizar seus trabalhos em 7 de setembro (MEZAROBBA, 2006, p. 40-42).

No decorrer da discussão legislativa, o projeto de anistia do governo recebeu 305 emendas, elaboradas por 134 parlamentares, dentre esses, 49 parlamentares do partido do regime, a Arena. 83 emendas trataram do disposto no artigo 1º do projeto de lei (o escopo da anistia) e cerca de outras 80 emendas adicionaram dispositivos ao projeto do executivo. Ademais, nove projetos substitutivos foram propostos (MEZAROBBA, 2006, p. 42-43).

Do exposto, é possível afirmar que o processo de adoção de anistia foi discutido no contexto brasileiro refletindo posições diversas a respeito da concessão do benefício, não sendo possível afirmar que sua motivação teria sido somente impedir a responsabilização de agentes estatais violadores de direitos humanos. Essas características peculiares da transformação política brasileira denotam o caráter complexo e contestável do processo de justiça de transição no país.

No entanto, o projeto de lei do executivo foi alvo de diversas críticas, em especial porque excluía os indivíduos condenados por cometimento de delitos previstos na Lei de Segurança Nacional, condicionava o retorno de funcionários públicos aos respectivos cargos a certos requisitos, além de não dispor sobre a libertação de presos políticos. Nesse sentido, a anistia proposta pelo executivo era mais restrita do que a versão defendida pelos diversos movimentos sociais que atuaram concretamente em prol de sua adoção no Brasil (MEZAROBBA, 2006, p. 43-45).

A votação, realizada em duas sessões entre os dias 21 e 22 de agosto de 1979, foi marcada por manifestações populares na rampa do edifício do Congresso Nacional, em Brasília, e também em outras localidades do país, além da presença intensa de militares nas galerias do congresso (MEZAROBBA, 2006, p. 48-49). Projeto substitutivo de autoria do MDB foi levado a uma primeira votação, mas foi derrotado por 209 votos contrários e 194 favoráveis. Posteriormente, a emenda Djalma Marinho, apresentada ao projeto substitutivo do relator da comissão mista, o deputado da Arena Ernani Satyro, a qual pretendia estabelecer anistia ampla e irrestrita, foi derrotada em votação na Câmara dos Deputados pelo placar apertado de 206 votos a favor e 201 votos contrários. Com esse resultado, a emenda não foi levada à votação no Senado. O substitutivo de Satyro restou aprovado em voto simbólico dos líderes da Arena e do MDB mantendo, de forma geral, os contornos do projeto de anistia do executivo (MEZAROBBA, 2006, p. 48-50).

A Lei de Anistia n. 6.683/79 foi sancionada e promulgada pelo presidente Figueiredo em 28 de agosto com veto parcial, retirando a expressão “e outros diplomas legais”, o que ampliaria em demasia o escopo da anistia adotada, segundo o governo (MEZAROBBA, 2006, p. 50).

No termos do artigo 1º da referida lei (BRASIL, 1979), a anistia foi concedida pelo período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 para aqueles que cometeram crimes políticos ou crimes conexos a esses, além de crimes eleitorais, com base

nos Atos Institucionais e Complementares – o veto do presidente atingiu esse ponto do dispositivo, retirando a possibilidade de considerar outros diplomas legais. Anistia também foi concedida a pessoas que tiveram seus direitos políticos suspensos, aos funcionários públicos, incluindo militares punidos pelo regime, e aos representantes de sindicatos. No entanto, o retorno aos cargos públicos foi condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração, conforme estabelecido no artigo 3º da lei. O artigo 7º determinou concessão de anistia aos empregados de empresas privadas que participaram de atividades políticas e que foram prejudicados por conta de tal atuação (com demissões, por exemplo). O artigo 9º anistiou, nesse mesmo sentido, representantes sindicais e estudantes.

Os parágrafos adicionados ao artigo 1º determinaram o alcance da lei de anistia brasileira. O parágrafo 1º definiu crimes conexos como crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, e o parágrafo 2º determinou a exclusão, dentre os beneficiários da anistia concedida, de pessoas condenadas pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal (BRASIL 1979). O parágrafo 1º possibilitou, assim, que as violações a direitos humanos perpetradas por agentes estatais não fossem objeto de investigação e julgamento pelo Estado brasileiro.

A racionalidade da anistia brasileira foi considerar os atos de violência da oposição ao regime não como atos políticos, mas como crimes comuns, de forma que os indivíduos condenados por terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal não foram anistiados.

O artigo 6º da lei determinou que cônjuges e parentes de desaparecidos envolvidos em atividades políticas poderiam requerer declaração de ausência e o artigo 12º restabeleceu o direito de votar e ser votados aos anistiados.

Em face do conteúdo da lei aprovada em 1979 e dos vários sentidos atribuídos à anistia no Brasil, várias questões permaneceram em aberto, e o processo de justiça de transição no país encontra-se em desenvolvimento e em constante redefinição (MEZAROBBA, 2006, p. 148-149).

No entanto, é possível afirmar que a anistia de 1979 consolidou um primeiro esforço de restabelecimento das relações entre militares e opositores do regime, permitindo que se iniciasse o processo de superação da ditadura no Brasil. Verifica-se, assim, um sentido de reconciliação para a lei de 1979, tornando possível o início de um processo de transição para a democracia – ainda que várias questões relacionadas ao regime tenham permanecido

intocadas. Vale ressaltar que, após a concessão do benefício, o regime militar ainda vigorou por seis anos no Brasil.

Trata-se de um processo de transformação política que permanece em desenvolvimento, ao qual medidas posteriores à Lei de Anistia de 1979 buscaram adicionar outras dimensões. Assim, vale referir que, no governo de Fernando Henrique Cardoso, foi editada a lei n. 9.140/95, que reconheceu como mortos 136 desaparecidos políticos. Por meio dessa lei, o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade pelos atos cometidos durante o regime militar, mas não houve rompimento com os termos selados pela anistia de 1979, isto é, não houve determinação de julgamento dos responsáveis pelas violações de direitos humanos. Ao contrário, como expressamente afirmado no artigo 2º da lei n. 9.140/95, os efeitos desse diploma legal seriam orientados pelos mesmos princípios de reconciliação e pacificação nacional contidos na lei de 1979 (BRASIL, 1995a).

Por seu turno, em 2002, no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, foi adotada a lei n. 10.559/02, que determinou a criação de um regime de anistiado político, incluindo programa de reparação de caráter indenizatório direcionado aos perseguidos políticos durante a ditadura brasileira, tendo sido revogados dispositivos da lei de anistia de 1979 (artigo 2º, artigo 3º parágrafo 5º e artigos 4º e 5º) (BRASIL, 2002).

Vale referir, também, que a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2008 perante o Supremo Tribunal Federal (STF), tratou especificamente do disposto no já referido artigo 1º, parágrafo 1º da Lei de Anistia de 1979, ou seja, a anistia aos agentes estatais do regime que cometeram violações de direitos humanos.

A OAB requereu ao STF que declarasse, baseado em uma interpretação em conformidade com a constituição de 1988, que a anistia concedida aos crimes políticos e conexos não poderia ter se estendido aos crimes comuns praticados pelos agentes estatais da ditadura brasileira. Afirmou ainda a OAB que o mencionado artigo da Lei de Anistia não teria sido recepcionado pela constituição de 1988, a qual dispõe, em seu artigo 5º, ser insuscetível de graça ou anistia o crime de tortura.

Em decisão de abril de 2010, com placar de sete votos a favor e dois votos contra, o STF indeferiu o pedido da OAB. De forma breve, alegou a corte brasileira que a anistia de 1979 teria veiculado uma decisão política própria daquele momento histórico, enquanto transição conciliada, tendo sido afirmado o caráter bilateral, amplo e geral da anistia de 1979.

Por seu turno, os tratados de direitos humanos que vedam a prática da tortura seriam posteriores à Lei de Anistia, além de o dispositivo constitucional sobre tortura ser igualmente posterior à lei de 1979, de forma que a constituição não alcançaria, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente à sua vigência.

Por fim, foi afirmado na decisão do STF que a ordem constitucional instaurada por meio da carta de 1988 teria reafirmado o disposto na lei de anistia de 1979, enquanto ato originário do poder constituinte. Assim, a lei de anistia, integrada na nova ordem, seria ato fundante da ordem constitucional democrática, de forma que revisões de seu teor só poderiam ser empreendidas pelo poder legislativo, e não pelo poder judiciário. No entanto, o STF afirmou que as dificuldades para o conhecimento do ocorrido no regime ditatorial brasileiro deveriam ser superadas (BRASIL, 2010). A lei de anistia mantém, portanto, seu vigor no ordenamento jurídico do Brasil.

A decisão do STF tem sido bastante criticada por internacionalistas brasileiros, tendo sido afirmada a “volátil acepção brasileira do compromisso internacional de julgar grandes violadores de Direitos Humanos, e de sua indiferença ao princípio de *aut dedere aut iudicare*, [...]” (VENTURA, 2011, p. 313).

Finalmente, deve-se mencionar a recente aprovação, pelo governo brasileiro, da criação de uma Comissão Nacional de Verdade (BRASIL, 2011b) e da edição de lei sobre acesso a documentos públicos (BRASIL, 2011a), em novembro de 2011. Nos termos do artigo 6º da lei sobre a Comissão Nacional de Verdade, esta deverá observar o disposto na lei de anistia de 1979; dessa forma, não se verifica uma ruptura intensa com a decisão política tomada no final dos anos 1970. Trata-se de mais uma fase do processo de justiça de transição brasileiro, que certamente redefinirá os termos do que foi vivenciado até o presente momento.

Pelo exposto, é possível perceber que a experiência brasileira de transição política pode ser narrada considerando aspectos diversos no que tange à adoção da lei de anistia e à impunidade. Não restam dúvidas de que violações de direitos humanos foram perpetradas por agentes estatais e que elas não foram investigadas e julgadas por força da lei n. 6.683/79. Da mesma forma, o benefício da anistia foi concedido pelo próprio regime militar, em um contexto autoritário e de severas limitações ao modelo de Estado de Direito. No entanto, considerar como única motivação da anistia brasileira a impunidade de violadores parece ser uma argumentação que conta apenas uma parte da história brasileira de transformação política.

A anistia brasileira esteve relacionada a um contexto de abertura política que viabilizou o início de um movimento em prol da transição democrática, ainda que restrita e negociada pelo próprio regime. Enquanto medida de reconciliação, a lei de 1979 possibilitou que as divisões políticas vivenciadas durante o regime autoritário pudessem ser repensadas. Os opositores do regime voltaram a ter voz no cenário brasileiro, o que incluiu a restauração de direitos políticos cassados e a volta de muitos exilados ao país. Dessa forma, foi possível o início das discussões para o estabelecimento de novos acordos entre as forças políticas do país.

3.3.2 Anistia e pacificação interna

No caso uruguaio, duas leis de anistia foram adotadas no processo de transição política do país, como será visto adiante. A questão da paz e reconciliação nacional teria norteado a adoção da primeira lei de anistia, em 1985, a qual buscou reintegrar à sociedade os antigos oponentes do regime militar e também as pessoas que deixaram o país em face de perseguições políticas, determinando a soltura de presos políticos condenados por cortes do país. Ademais, a anistia de 1985 também pode ser vista como medida de reparação aos danos sofridos pelos opositores do regime militar uruguaio, uma vez que foi determinada a restituição dos direitos de funcionários públicos demitidos por esse regime. Por seu turno, a lei de anistia adotada em 1986 buscou atenuar distúrbios internos (MALLINDER, 2008, p. 35-36), em especial por conta das ameaças de novos golpes militares no país.

Em 8 março de 1985, o senado e a câmara uruguaio, reunidos em Assembleia-Geral, decretaram a adoção da *Ley de Pacificación Nacional*, lei n. 15.737/85, já no âmbito do governo que sucedeu o regime militar uruguaio, com o objetivo de anistiar todos os delitos políticos, comuns e militares conexos, cometidos a partir de 1º de janeiro de 1962, nos termos do disposto no artigo 1º dessa lei. Nos termos do artigo 5º da lei, foram excluídos do benefício agentes estatais (URUGUAY, 1985). Nesse passo, restou possibilitada a soltura de presos políticos assim considerados pelo regime militar.

O artigo 7º da lei estabeleceu que, a partir de sua promulgação, cessariam de forma imediata e generalizada os regimes de vigilância, as ordens de captura, as limitações para

entrar e sair do país, além de investigações de fatos relacionados aos delitos contemplados pelas leis, tudo em favor dos beneficiários da anistia (URUGUAY, 1985).

A *Ley de Pacificación* determinou, em seu artigo 24, que fosse criada uma comissão de repatriação, para facilitar o regresso de cidadãos exilados ao país e declarou, em seu artigo 25, que a destituição de direitos de funcionários públicos, operada por força do Ato Institucional n. 7, seria revogada, determinando também a restituição dos cargos aos funcionários públicos em questão.

Após a adoção da lei n. 15.737/85, várias demandas foram apresentadas ao judiciário uruguaio para buscar a responsabilização de militares por atos de tortura e desaparecimento forçado. Esse número de ações judiciais parece ter sido inesperado e os militares, oficialmente fora do governo, mas com bastante força no cenário político uruguaio, ameaçaram desestabilizar o governo civil recentemente constituído com tumultos e agitações. As Forças Armadas teriam alegado que as negociações empreendidas para que houvesse a transição política envolveram a garantia, das forças políticas civis, de que não haveria julgamentos dos militares no Uruguai (MALLINDER, 2008, p. 35).

Assim, a transição de um regime militar para um regime civil teria sido negociada pelas Forças Armadas uruguaias após derrota política em um plebiscito realizado no país em 1980, em que a população rejeitou a proposta de uma nova constituição elaborada pelos militares. As Forças Armadas iniciaram, então, discussões com representantes de partidos políticos do país para estabelecer os termos da transição para a democracia. O acordo, celebrado em 3 de agosto de 1984 e conhecido como o Pacto do Clube Naval, estabeleceu que eleições presidenciais e legislativas seriam realizadas em novembro de 1984. Dentre os partidos políticos uruguaio, participaram representantes do Partido Colorado, da Frente Amplio e da Unión Cívica (URUGUAY, 1995, p. 385-386).

Mesmo sem ter sido publicamente confirmado, o Pacto do Clube Naval teria envolvido o acordo entre as partes de que membros das Forças Armadas não seriam julgados, no contexto do novo regime, por violações de direitos humanos perpetradas pelo aparato estatal. Por outro lado, as partes acordaram que não haveria interferência nos casos levados por particulares às cortes civis do país.

Julio María Sanguinetti, candidato do Partido Colorado, ganhou as eleições presidenciais em uma campanha marcada por promessas de todos os candidatos de levar a julgamento os responsáveis por violações de direitos humanos. Entretanto, as Forças Armadas

uruguaias deixaram o poder com sua unidade intacta, diferentemente da situação vivenciada na Argentina, em que a derrota na Guerra das Malvinas teria enfraquecido o poderio dos militares. Ademais, o governo de Sanguinetti contou com a participação do general Hugo Medina, líder militar, como novo ministro da defesa (URUGUAY, 1995, p. 386).

O novo presidente buscou reorganizar rapidamente as instituições democráticas e promover reconciliação nacional. A constituição uruguaia de 1967 foi restaurada, sendo restabelecida a independência do judiciário. Vários funcionários públicos foram reconduzidos aos seus cargos originários, com pagamento de salários atrasados, tendo em vista as demissões empreendidas pelo governo militar uruguaio. Sindicatos e partidos políticos foram legalizados, incluindo a organização ecumênica de direitos humanos *Servicio Paz y Justicia* – organização responsável pela elaboração do relatório *Uruguay nunca más* (URUGUAY, 1995, p. 386). Esse foi o contexto de adoção da *Ley de Pacificación Nacional*.

Nesse passo, vítimas e familiares de desaparecidos políticos iniciaram procedimentos perante cortes civis a respeito de violações de direitos humanos, envolvendo denúncias de participação de 180 integrantes do regime anterior, dentre militares e policiais (URUGUAY, 1995, p. 386). Esses casos tiveram sua tramitação retardada, por força da orientação do ministro da defesa que estabeleceu que os réus não deveriam comparecer pessoalmente nas audiências. Em agosto de 1985, os procedimentos foram suspensos em face de discussões jurídicas relacionadas à competência da justiça militar para tratar dos casos, e essa disputa foi submetida à Suprema Corte de Justiça uruguaia (URUGUAY, 1995, p. 387).

Em meados de 1986, o presidente Sanguinetti iniciou uma articulação no congresso uruguaio para buscar encontrar uma solução política para a questão da responsabilização de militares em face das violações perpetradas durante o regime militar. O Partido Colorado de Sanguinetti não possuía maioria no congresso para aprovar uma medida governamental relacionada ao tema, de forma que uma saída política não seria facilmente alcançada (URUGUAY, 1995, p. 387).

Durante as negociações no poder legislativo, as Forças Armadas uruguaias afirmaram claramente aos líderes do Partido Nacional ou Blanco que não tolerariam julgamentos relacionados às ações do regime autoritário. Em meio a impasses nas negociações, com o Partido Colorado defendendo ampla anistia aos militares e com o Partido Nacional defendendo julgamentos apenas para os crimes mais graves cometidos durante o regime

militar, excluída a tortura, a proposta do Partido Nacional foi rejeitada em votação no senado uruguaio (URUGUAY, 1995, p. 387).

Essa situação resultou no estabelecimento de negociações entre os líderes dos partidos Colorado e Blanco. Por seu turno, em novembro de 1986, a Suprema Corte uruguaia decidiu pela competência das cortes civis em dois casos de desaparecimento forçado, o que pareceu direcionar o posicionamento da corte para casos futuros (URUGUAY, 1995, p. 388).

Assim, considerando a manifestação da Suprema Corte e a possibilidade real de julgamento dos casos de tortura e desaparecimento perante cortes civis, o presidente Sanguinetti tornou pública, em 1º de dezembro de 1986, uma declaração assinada por dezessete generais aposentados, líderes de operações na ditadura uruguaia. Nesse documento, os generais reconheceram sua responsabilidade pelas violações de direitos humanos cometidas pelas Forças Armadas no contexto da campanha contra opositores do regime autoritário, afirmando que tais excessos não se repetiriam (URUGUAY, 1995, p. 388).

No final de dezembro, vários militares deveriam comparecer em audiências em cortes civis, e Sanguinetti afirmou saber que eles seguiriam estritamente a orientação do ministro da defesa, general Hugo Medina. Temendo uma situação de crise institucional, como publicamente declarou o presidente (URUGUAY, 1995, p. 388), em que os militares pretendiam desafiar o judiciário (LOVEMAN, 1994, p. 116), Sanguinetti conseguiu obter o apoio do Partido Nacional para a adoção de uma lei de anistia para os integrantes das Forças Armadas uruguaias.

Em 22 de dezembro de 1986, o senado e a câmara uruguaios, novamente reunidos em Assembleia-Geral, decretaram a lei n. 15.848/86, conhecida como *Ley de Caducidad*. A lei, aplicável aos funcionários militares e policiais, reconheceu a decadência do exercício de pretensão punitiva do Estado em relação aos delitos cometidos até 1º de março de 1985 (URUGUAY, 1986).

O disposto no artigo 1º menciona expressamente o acordo político realizado entre os partidos políticos e as Forças Armadas para conclusão da transição política,⁸⁷ de forma que

⁸⁷“Artículo 1º- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.” (URUGUAY, 1986).

restou impossibilitada a realização de julgamentos em face das violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura uruguaia.

A *Ley de Caducidad* teve como objetivo manter os termos da barganha política alcançada com os militares, de forma a possibilitar a consolidação da democracia no Uruguai, tendo em vista a forte influência ainda mantida pelas Forças Armadas nesse momento inicial do novo regime. Vale ressaltar, no entanto, que o texto da lei de anistia de 1986 não compreendeu uma determinação de total esquecimento dos fatos relacionados à ditadura uruguaia. Nos termos do artigo 4º, os testemunhos de denúncias apresentadas até a data de promulgação da *Ley de Caducidad* referentes a pessoas presas ou desaparecidas deveriam ser enviados ao Executivo para investigação.⁸⁸

No entanto, por determinação do presidente do Uruguai, essas investigações deveriam ser lideradas no âmbito do Ministério da Defesa, e o general Hugo Medina escolheu o coronel José Sambucetti para dar início aos procedimentos. Essa indicação foi bastante criticada na época, tendo sido afirmado que Sambucetti não conduziria investigações independentes e imparciais, por força de sua ligação com as Forças Armadas, de forma que muitos familiares de vítimas de desaparecimentos não teriam colaborado com os procedimentos. Apenas seis casos foram investigados, sem que restasse provada a participação dos militares nos mesmos (URUGUAY, 1995, p. 391).

Como já referido anteriormente, a *Ley de Caducidad* foi submetida a dois referendos, o primeiro em 1989 e o segundo em 2009. Nas duas ocasiões, a decisão final foi pela vigência da anistia uruguaia. Recentemente, em 27 de outubro de 2011, após a decisão da Corte Interamericana no caso *Gelman*, o congresso uruguaio determinou a revogação de *Ley de Caducidad*.⁸⁹

Relativamente ao caso das anistias uruguaias, a motivação relacionada à impunidade também conta apenas uma parte da história do processo de transformação política no país. A questão da pacificação interna pode ser referida igualmente como justificativa, tendo em vista

⁸⁸“Artículo 4º.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.” (URUGUAY, 1986).

⁸⁹Cf. supra nota 52.

o contexto específico de Forças Armadas fortes e integrantes do novo regime democrático. Ademais, as anistias uruguaias foram adotadas já no contexto do novo regime, sendo posteriormente confirmadas pela população em manifestações oriundas de mecanismos de democracia direta. Nesse sentido, o caso uruguaio permite entendimentos diversos no que tange à fundamentação das leis de anistia no país.

3.3.3 Anistia e unidade nacional

Na França, a adoção de leis de anistia após o término da Segunda Guerra Mundial esteve diretamente relacionada ao tratamento dispensado ao governo de Vichy e aos chamados colaboracionistas após a libertação francesa da dominação nazista. O governo do marechal Philippe Pétain cooperou estreitamente com o regime nazista, editando cerca de 60 leis discriminatórias, tendo detido, torturado e deportado centenas de judeus, comunistas, membros da resistência francesa, dentre outros (FRANCE, 1995, p. 71).

A punição dos franceses colaboracionistas teve início mesmo antes da libertação do país, verificada em dezembro de 1944. Em meados de dezembro de 1943, cerca de 550 foram presas na Argélia, acusadas de terem colaborado com o governo de Vichy. Logo após a libertação, grupos de indivíduos empreenderam ações de justiça privada, incluindo julgamentos secretos e execuções de colaboracionistas (FRANCE, 1995, p. 72).

O desmantelamento do governo de Vichy envolveu eliminação física e demissões, confisco de propriedade e restrição de direitos civis, nacionalizações e aquisições estatais, realização de julgamentos e aplicação de sanções aos colaboracionistas. Vale citar a sanção criminal de *dégradation nationale*, aplicada em face da ofensa de *indignité nationale*, criada especialmente para tipificar atos colaboracionistas. Indivíduos e pessoas jurídicas, como associações e organizações, foram atingidas, em um movimento intenso de purgação empreendido pelo novo regime (FRANCE, 1995, p. 77), com o objetivo de enfraquecer as elites políticas da Terceira República, abrindo espaços para a articulação de novos grupos políticos (FRANCE, 1995, p. 78).

A dimensão desse movimento pode ser ilustrada por algumas informações. Somente durante 1944, cerca de 40 mil franceses teriam sido assassinados por outros franceses e em

torno de 150 mil pessoas teriam sido detidas. De uma forma geral, por volta de 200 mil pessoas teriam participado de procedimentos judiciais e outras 150.000 teriam sido detidas por períodos indeterminados de tempo. Dentre os julgamentos realizados, cerca de 7 mil sentenças com pena de morte teriam sido prolatadas, com a concretização de aproximadamente 800 execuções. Treze mil pessoas teriam sido condenadas a trabalhos forçados. Contabilizando procedimentos sumários, julgamentos em cortes militares e em cortes civis, cerca de 350 mil casos teriam sido analisados, envolvendo por volta de 400 mil cidadãos franceses, na sua maioria, homens (FRANCE, 1995, p. 77-78).⁹⁰

Todo esse movimento de punição de colaboracionistas, que ficou conhecido como *épuration*, foi comparado aos anos de terror verificados durante a Revolução Francesa (LOTTMAN, 1896, apud FRANCE, 1995, p. 79). Excessos foram cometidos, como se ainda houvesse uma situação de guerra, e as consequências da *épuration* duraram vários anos.⁹¹

Para além dos julgamentos de colaboracionistas e das punições direcionadas a estes, o processo de purgação alcançou a esfera política e administrativa (FRANCE, 1995, p. 102-109), o âmbito econômico (FRANCE, 1995, p. 109-112), a imprensa e as artes (FRANCE, 1995, p. 112-119).

Nesse contexto, três leis de anistia foram editadas na França entre o final dos anos 1940 e o início dos anos 1950. Motivadas pelo contexto de excessos verificados no período de *épuration*, tais leis buscaram pacificação e reconciliação nacional, com especial atenção para a questão da unidade nacional (MALLINDER, 2008, p. 49), eis que toda uma parcela da população francesa teria sido estigmatizada por força da colaboração com o regime nazista. Vale ressaltar que manifestações populares, logo após a libertação francesa, ilustram bem essa divisão interna na França. Cite-se, nesse sentido, a prática de raspar o cabelo de mulheres francesas tidas como informantes a serviço dos interesses da Alemanha e contrárias à resistência (FRANCE, 1995, p. 80). Essas mulheres de cabeça raspada se tornaram um elemento visual inequívoco dos inimigos da resistência francesa.

⁹⁰Para uma discussão a respeito dos dados relacionados aos julgamentos de colaboracionistas, ver ROUSSO, Henry. *L'épuration en France: une histoire inachevée. Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, Paris, n. 33, p. 78-105, 1992.

⁹¹Em agosto de 1945, Albert Camus escreveu: "It is clear that henceforth the purge in France is not only lost, but discredited. The word 'purge' was painful enough in itself; the thing has now become odious. The failure is complete [...]. Too many have shouted for death as if prison at hard labor was inconsequential [...] too many have claimed that it was a return to The Terror when dishonor and denunciation were rewarded with a few years in prison [...]. In any case, we see ourselves impotent [...]. Today we can only attempt to prevent the most flagrant injustices from further poisoning an atmosphere which Frenchmen already find difficult to breath." (CAMUS, 1945, apud FRANCE, 1995, p. 98).

Assim, a primeira lei de anistia, adotada em 16 de agosto de 1947 (FRANCE, 1947), teve como objetivo beneficiar os menores de 18 anos que teriam agido sem discernimento, conforme redação do artigo 21, ao cometer crimes de menor potencial ofensivo ou ao aderir ao movimento colaboracionista. Nesses casos, a anistia teria aplicação automática e as referências aos crimes cometidos seriam canceladas dos registros judiciais. Por seu turno, menores de 18 anos que tivessem cometido crimes mais graves e pessoas de até 21 anos que tivessem cometido crimes de menor potencial ofensivo ou que tivessem se juntado ao movimento colaboracionista poderiam pleitear o benefício da anistia concedida em 1947.

Logo após a adoção da lei de anistia, pesquisas de opinião realizadas entre os franceses mostraram que a maior parte da população era contrária à concessão desse tipo de benefício pelo Estado (FRANCE, 1995, p. 121). No entanto, com o passar de algum tempo, nova pesquisa de opinião foi realizada entre os franceses em 1949 e a posição externada foi favorável à concessão de nova anistia para aqueles que participaram do movimento colaboracionista de forma não violenta, por terem sido induzidos a erro, como mencionado na época. Assim, esforços deveriam ser empreendidos para reintegrar essas pessoas à nação francesa (FRANCE, 1995, p. 122).

Após intensas discussões na Assembleia Nacional, nova lei de anistia foi adotada em 5 de janeiro de 1951 (FRANCE, 1951). Sem autorizar a imediata soltura de presos, a lei de 1951 determinou a liberação antecipada de pessoas condenadas por penas que não fossem de prisão perpétua, conforme estabelecido nos artigos 20 a 22. O artigo 23 determinou que a pena de *dégradation nationale* não seria mais uma pena criminal, mas de caráter correccional que não poderia exceder vinte anos. Mesmo com a descriminalização de certas condutas colaboracionistas, o que denota um esforço claro de reconciliação, vários direitos das pessoas condenadas por *indignité nationale* foram limitados, como direitos políticos (impossibilidade de votar e ser votado em eleições), exclusão de funções públicas, impossibilidade de exercer a profissão de professor e jornalista, dentre outros.

Em continuidade aos esforços de unificação nacional, mesmo sob críticas de veteranos da resistência francesa, os quais afirmaram que uma anistia ampla consistiria em uma reabilitação de traidores (FRANCE, 1995, p. 123), nova lei desse caráter foi adotada em 1953 pela Assembleia Nacional (FRANCE, 1953).

Em seu artigo 1º, a lei busca dialogar com seus críticos, afirmando que o espírito da resistência compreenderia clemência, de forma que a anistia não deveria ser entendida como um ato de reabilitação ou vingança.⁹²

A anistia de 1953 compreendeu os atos de *indignité nationale* (artigo 2º) e uma anistia automática para as pessoas condenadas a até 5 anos de prisão por crimes de menor potencial ofensivo (excluídas as ofensas de homicídio, estupro, delação, tortura, deportação, espionagem, dentre outros, nos termos dos artigos 3º e 4º). Porém, presos condenados a até vinte anos de prisão poderiam requerer o benefício da anistia por meio de petição individual. A lei de 1953 não determinou o retorno dos funcionários públicos a seus cargos antigos, mas possibilitou que militares das forças armadas tivessem restaurado seu direito à aposentadoria (artigo 41) (FRANCE, 1953), em uma clara medida de reparação a esses oficiais.

As anistias francesas adotadas após a Segunda Guerra Mundial podem ser justificadas por um contexto de divisão interna no país, motivada pelos excessos cometidos por aqueles que colaboraram com o regime de ocupação nazista. O caso da França ilustra como anistias podem colaborar positivamente para diminuir estigmas relacionados a uma parte considerável da população envolvida em um movimento forte de “caça às bruxas”. Assim, a França pôde rever os termos do movimento de *épuration*, buscando reverter os efeitos nocivos desse processo de purgação por meio da edição de leis de anistia.

3.3.4 Anistia, perdão e verdade

A adoção de anistia na África do Sul esteve relacionada aos mais de quarenta anos do regime de *apartheid* vigente no país, em que diversas violações de direitos humanos foram verificadas, principalmente em decorrência da intensa discriminação contra a população não branca.

⁹²Art. 1er. - La République française rend témoignage à la Résistance, dont le combat au dedans e au dehors des frontières a sauvé la nation. C'est dans la fidélité à l'esprit de la Résistance qu'elle entend que soit aujourd'hui dispensée la clémence.

L'amnistie n'est pas une réhabilitation ni une revanche, pas plus qu'elle n'est une critique contre ceux qui, au nom de la nation eurent la lourde tâche de juger et de punir.” (FRANCE, 1953).

Em 1990, tiveram início negociações entre o governo e os grupos opositores para consolidar um processo de transição política democrática. As discussões para adoção de uma constituição provisória em 1993 incluíram a possibilidade de adoção de dispositivos sobre anistia para atos e omissões do passado relacionados a questões políticas, o que de fato se verificou, por força de um compromisso de última hora nas negociações, sendo adicionado um epílogo à constituição tratando da adoção de anistia e da constituição de uma comissão de verdade (HAYNER, 2011, p. 27; MALLINDER, 2008, p. 131).

Posteriormente, a questão da adoção de anistia foi estreitamente vinculada ao processo de busca pela verdade a respeito dos atos do passado, por meio da promulgação do *Promotion of National Unity and Reconciliation Act* em 1995 (SOUTH AFRICA, 1995). Esse ato determinou a criação da Comissão de Verdade e Reconciliação da África do Sul (CVR) com características inovadoras, tendo atribuído à CVR, e não a um Estado, a possibilidade de conceder anistia aos indivíduos mediante o preenchimento de determinados requisitos (SARKIN, 2004, p. 3; HAYNER, 2011, p. 29).

A CVR iniciou efetivamente suas atividades em abril de 1996, composta por 17 comissários e possuindo como presidente o arcebispo Desmond Tutu, além de uma equipe de 300 funcionários. O ato de 1995 envolveu o estabelecimento da comissão com um mandato sofisticado e complexo, buscando equilibrar os seus poderes e estabelecer amplo alcance investigatório. De uma forma geral, a CVR foi criada com competência para conceder anistias individuais, coletar provas e evidências, intimar pessoas para depor e desenvolver um programa extenso de proteção às testemunhas (HAYNER, 2011, p. 27-28).

Nos termos do artigo 3.3 do ato de 1995 (SOUTH AFRICA, 1995), as atividades da CVR foram estruturadas em três comitês específicos: o Comitê sobre Violações de Direitos Humanos, o Comitê sobre Anistia e o Comitê sobre Reparação e Reabilitação. Em média, 21 mil pessoas foram ouvidas pela CVR, entre vítimas e testemunhas, com intensa cobertura da imprensa, em um trabalho que se estendeu até a publicação do último relatório em 2003 (HAYNER, 2011, p. 28-31).

A comissão foi estabelecida com o objetivo expresso de promover unidade nacional e reconciliação, em um declarado espírito de compreensão que deveria transcender os conflitos e divisões do passado, nos termos do disposto no artigo 3.1 do ato. Para alcançar tais objetivos, a CVR deveria estabelecer um panorama completo das causas, natureza e extensão das graves violações de direitos humanos perpetradas no período de março de 1960 a abril de

1994, incluindo antecedentes, circunstâncias, fatores e contexto de tais violações e considerando as perspectivas das vítimas e dos violadores. A concessão de anistias seria empreendida pela comissão mediante pedidos dos interessados, desde que as pessoas revelassem todos os atos praticados que estivessem associados a objetivos políticos (*full disclosure*). Uma vez estabelecida a verdade a respeito das violações e, conseqüentemente, a dignidade humana das vítimas, a CVR recomendaria a elas medidas de reparação (SOUTH AFRICA, 1995).

Ainda segundo o ato, graves violações de direitos humanos compreenderiam assassinato, rapto, tortura, maus-tratos ou relações, mesmo que indiretas, com tais violações – por exemplo, tentativa, conspiração, instigação ou comando (SOUTH AFRICA, 1995).

Os objetivos de unidade nacional e reconciliação também foram expressamente declarados no preâmbulo do ato de 1995, sendo incluída a anistia como alternativa necessária à concretização da reconciliação nacional.⁹³

O aspecto interessante e inovador do caso sul-africano é que a concessão de anistias não esteve ligada ao esquecimento dos fatos do passado, como será visto no caso espanhol logo a seguir, mas justamente ao contrário: a uma busca pela verdade a respeito das violações perpetradas no passado. Assim, a concessão de anistia foi vinculada a um processo de revelação da verdade a respeito de violações de direitos humanos, inclusive graves violações, como já referido.

O Comitê de Anistia da CVR recebeu 7.116 pedidos de anistia. Para os casos de graves violações de direitos humanos, o peticionário deveria comparecer em audiência pública para responder às perguntas da comissão e do conselho que representava as vítimas e seus familiares, além de dever responder às perguntas elaboradas pelas próprias vítimas (HAYNER, 2011, p. 29). Dentre todos os pedidos apresentados ao Comitê de Anistia, 4.500

⁹³“SINCE the Constitution of the Republic of South Africa, 1993 (Act 200 of 1993), provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterized by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex;

AND SINCE it is deemed necessary to establish the truth in relation to past events as well as the motives for and circumstances in which gross violations of human rights have occurred, and to make the findings known in order to prevent a repetition of such acts in future;

AND SINCE the Constitution states that the pursuit of national unity, the well-being of all South African citizens and peace require reconciliation between the people of South Africa and the reconstruction of society;

AND SINCE the Constitution states that there is a need for understanding but not for vengeance, a need for reparation but not for retaliation, a need for ubuntu but not for victimization;

AND SINCE the Constitution states that in order to advance such reconciliation and reconstruction amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives committed in the course of the conflicts of the past; [...]”. (SOUTH AFRICA, 1995).

foram rejeitados por não estarem vinculados a objetivos políticos, de forma que o número de casos em que houve análise de mérito foi bastante reduzido em comparação com o número total de pedidos de anistia apresentado ao comitê responsável (SARKIN, 2004, p. 111).

Nesse sentido, anistias só foram concedidas pela CVR para aquelas pessoas que confessaram totalmente seus crimes, demonstrando de maneira clara que havia motivação política para tanto. Dentre os critérios utilizados pelo Comitê de Anistia da CVR para concessão do benefício, Priscilla Hayner (2011, p. 29) aponta a proporcionalidade, isto é, a ideia de que o ato ou a omissão em questão deveria ser proporcional ao objetivo político perseguido. Ademais, pedidos de desculpas ou sinais de remorso não foram considerados pelo comitê como condições necessárias para a concessão de anistia.

Ao final, 1.167 pessoas receberam o benefício da anistia pela CVR na África do Sul e outras 145 receberam anistias parciais. Mesmo em face de diversas dificuldades no decorrer dos trabalhos da CVR, dentre elas a definição do que seria suficiente para se considerar que houve *full disclosure* dos fatos e para determinar que um ato estava necessariamente relacionado a objetivos políticos, já que nem sempre o Comitê sobre Anistias utilizou critérios uniformes (SARKIN, 2004, p. 250, 281), o processo de concessão de anistias teria contribuído de forma relevante para a revelação da verdade a respeito das violações do passado, tendo em vista o volume grande de informações que foi produzido com base nos pedidos de anistia formulados perante o comitê (HAYNER, 2011, p. 30).

Pode-se mencionar, ademais, que a concessão de anistias no âmbito da transição política do regime de *apartheid* na África do Sul esteve ligada a tradições culturais da população do país, em especial o chamado *ubuntu*, tradição que clama por tolerância em detrimento da retribuição (MALLINDER, 2008, p. 132), característica dos julgamentos.

A CVR e os processos de concessão de anistia foram objeto de diversas análises críticas, em especial pela falta de explicação, pela CVR, das razões que motivaram a concessão ou a negação do benefício nos diversos casos concretos que foram analisados. Essa falta de transparência na motivação das decisões do Comitê sobre Anistias favoreceu a crítica de uma atuação enviesada, que não teria seguido de forma criteriosa os requisitos estabelecidos no ato de 1995 (SARKIN, 2004, p. 15; PEDAIN, 2004, p. 786).

No entanto, mesmo em face de tais dificuldades, a menção ao Comitê de Anistias da CVR da África do Sul se faz necessária no presente trabalho para ilustrar como essa alternativa jurídica pode ser modelada de forma diversa ao entendimento tradicional de anistia

enquanto esquecimento. O benefício pode ser atrelado a um mecanismo de *truth-telling*, de forma que pode contribuir para a revelação da verdade a respeito de violações de direitos humanos cometidas no passado.

3.3.5 Anistia e esquecimento

Após a morte do ditador espanhol Francisco Franco em novembro de 1975, a Espanha iniciou um processo gradual de transição política, apontado por estudiosos como um caso paradigmático, na medida em que teria consolidado a transição para democracia de forma pacífica e com sucesso (TEITEL, 2000, p. 53; MALLINDER, 2009, p. 2). Anistias teriam tido um papel importante nesse processo, o que demonstraria seu potencial para possibilitar transformações políticas sem violência.

Franco assumiu o poder em 1939, após a Guerra Civil Espanhola, e estabeleceu uma ditadura que durou 46 anos. O início do regime foi marcado por ações duras contra seus opositores e por uma preocupação constante com grupos separatistas, incluindo a proibição do uso de qualquer língua diferente do espanhol, em uma tentativa de suprimir sinais de cultura e tradições étnicas (SPAIN, 1995, p. 297). Com o passar do tempo, o regime ditatorial teria abrandado suas ações contra opositores. No entanto, os anos 1970 experimentaram violência crescente de grupos separatistas, além de ações de oposição mais concretas por parte de estudantes, trabalhadores e membros da igreja, dentre outros. Os últimos anos da ditadura franquista foram marcados, assim, por atos mais duros de repressão à oposição (SPAIN, 1995, p. 298).

Após a morte de Franco, a transição política teve início sem envolver uma ruptura radical com o legado do regime autoritário (SPAIN, 1995, p. 299-300). Instituições espanholas não passaram por processos de purgação, julgamentos não foram realizados e comissões de verdade não foram estabelecidas (AGUILAR, 2001, p. 92).

Como justificativa para essas características da transição espanhola, pode-se afirmar que a violência vivenciada nos anos 1970 teria trazido à tona memórias de conflitos antigos, envolvendo a Segunda República e sua culminação na Guerra Civil Espanhola. Nesse sentido, mesmo sendo apontado como um processo de transição pacífico, o contexto político espanhol

dos anos 1970 envolveu elementos violentos e tais elementos parecem ter sido importantes para configurar uma transformação política gradual, empreendida de forma pacífica e reformista (AGUILAR, 2001, p. 97).

A transição política na Espanha teria sido motivada, assim, por um objetivo de reconciliação nacional, entendida enquanto necessidade de esquecer os abusos do regime de Franco e da anterior guerra civil, fechando as portas do passado para possibilitar o início de uma nova fase política no país (MALLINDER, 2008, p. 51; AGUILAR, 2001, p. 97-98).

Nesse cenário, a primeira legislação de anistia espanhola foi adotada pelo rei Juan Carlos em novembro de 1975, como um dos primeiros atos do monarca ao acessar o trono espanhol. No decreto n. 2940/1975 (SPAIN, 1975) afirmou-se claramente a necessidade de *concordia nacional* para obtenção da paz, tendo sido afirmados os princípios de convivência solidária e pacífica entre todos os espanhóis.⁹⁴

O artigo 1º do decreto estabeleceu anistias para ofensas previstas no código penal e em legislação penal especial, além de ofensas previstas no *Código de Justicia Militar*, cometidas até 22 de novembro de 1975. Para penas de privação de liberdade de até três anos, a anistia foi total. Para penas entre três e seis anos, estabeleceu-se diminuição de metade da pena; para penas entre seis e doze anos, diminuição de um quarto; para penas entre doze e vinte anos, diminuição de um quinto e, finalmente, para penas superiores a vinte anos, diminuição de um sexto, excluídas as condenações por pena de morte (SPAIN, 1975).

O artigo 3º do decreto excluiu do benefício da anistia crimes de terrorismo (SPAIN, 1975), de forma que novas agitações sociais ocuparam a Espanha. Nesse passo, em face de ameaças à estabilidade do novo regime, teria sido alcançado consenso político no sentido de não alterar em demasia as instituições do regime anterior, além de assegurar que todos os crimes do passado fossem esquecidos (MALLINDER, 2008, p. 51).

⁹⁴“Deseo comenzar mi reinado haciendo uso de la prerrogativa de Gracia que me confiere el artículo sexto de la Ley Orgánica del Estado.

Enaltecer la Justicia – que es el fundamento del Orden y la Libertad – con el ejercicio de la Clemencia, ha sido una constante en la línea de nuestras mejores tradiciones históricas y religiosas. La instauración en Mi persona de la Monarquía Española ha de significar una reafirmación de los propósitos de convivencia solidaria y pacífica entre todos los españoles.

La promulgación de este indulto general constituye asimismo un homenaje a la memoria de la egregia figura del Generalísimo Franco (q. e. G. e.), artífice del progresivo desarrollo en la Paz de que ha disfrutado España en las últimas cuatro décadas, durante las cuales otorgó once indultos generales e innumerables indultos particulares.

Deseo y espero que los españoles a quienes haga beneficiarios de esta decisión real se incorporen, con el mejor espíritu de servicio a la Patria, a esta convocatoria a la concordia nacional para consolidar el principal objetivo de la Monarquía: el bien irrenunciable de la Paz.” (SPAIN, 1975).

Assim, nova legislação de anistia foi adotada na Espanha em 1976. O artigo 1º do decreto-lei n. 10/1976 estabeleceu que, até 30 de julho de 1976, o benefício seria concedido a pessoas condenadas ou que estivessem aguardando julgamento por ofensas políticas e crimes de opinião, àqueles acusados de rebelião militar, a desertores e àqueles que teriam se negado a cumprir o serviço militar por objeção de consciência. Foram excluídos delitos de calúnia e injúria, assassinato, risco à vida de terceiros e crimes econômicos. (SPAIN, 1976). A anistia compreendeu, assim, tanto agentes estatais quanto opositores do regime de Franco.

Mais uma vez, a intenção de pacificação e reconciliação nacionais, realizada por meio do esquecimento das atrocidades cometidas no passado por ambas as partes do conflito, foi expressa no texto que introduziu a anistia de 1976.⁹⁵

Os termos do decreto-lei de 1976 foram ampliados por nova anistia em 1977, lei n. 46/1977, a qual teve como objetivo beneficiar todos os atos de intencionalidade política tipificados como crimes cometidos até 15 de dezembro de 1976, nos termos do artigo 1º, a (SPAIN, 1977). Um dispositivo especial teria sido incluído para dar conta dos atos cometidos por grupos separatistas (MALLINDER, 2008, p. 52),⁹⁶ tendo sido afirmado no artigo 1º (b) que os atos da mesma natureza cometidos entre 15 de dezembro de 1976 e 15 de junho de 1977 também seria anistiados, com o objetivo de restabelecer as liberdades públicas ou de reivindicar a autonomia dos povos da Espanha (SPAIN, 1977). No entanto, atos previstos no artigo 1º, b, que tivessem sido cometidos até 6 de outubro de 1977 só seriam anistiados se não envolvessem violência grave contra a vida das pessoas ou contra sua integridade – artigo 1º, c

⁹⁵“La Corona simboliza la voluntad de vivir juntos todos los pueblos e individuos que integran la indisoluble comunidad nacional española. Por ello, es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda, de los distintos indultos concedidos y de la prescripción, por ministerio de la ley, de todas las responsabilidades penales por hechos anteriores al uno de abril de mil novecientos treinta y nueve.

Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente, sin otros límites que los impuestos por la protección penal de valores esenciales, como son la vida e integridad de las personas.” (SPAIN, 1976).

⁹⁶A importância da violência empreendida por grupos separatistas espanhóis para a concessão da anistia de 1977 foi ressaltada por Paloma Aguilar (2011, p. 403) em estudo recente sobre a transição política espanhola: “A transição espanhola em geral, e a lei de anistia, em especial, dificilmente podem ser entendidas sem se levar em conta a violência política do período e, acima de tudo, a existência do terrorismo do ETA, uma vez que entre suas principais vítimas estavam, muito particularmente, o Exército e a Polícia. A existência de crimes cometidos por setores radicais da oposição e o clima de violência em que a transição se desenrolou explicam por que a estabilização do processo de democratização tem precedência sobre qualquer outro objetivo, que, por sua vez, foi reforçada pela lembrança traumática predominante da violência política da década de 1930, cuja repetição precisava ser evitada a qualquer custo.”

(SPAIN, 1977). O caráter recíproco das anistias anteriores foi mantido na lei de 1977, por meio do disposto no artigo 2º sobre atos de agentes estatais que seriam igualmente beneficiados (SPAIN, 1977).

Por seu turno, a anistia de 1977 compreendeu também um caráter de reparação, na medida em que estabeleceu, em seu artigo 7º, a reintegração e a plenitude dos direitos de funcionários públicos, além de sua reintegração aos cargos originários. Foram determinados o pagamento de salários atrasados e o cômputo do tempo trabalhado de forma integral para fins de aposentadoria, como se não houvesse existido interrupção (SPAIN, 1977).

As anistias espanholas garantiram uma transição política pacífica, permitindo a consolidação da democracia no país, baseadas justamente em um esquecimento recíproco dos atos atrozés do passado, motivados por memórias amargas da guerra civil. Essa questão do esquecimento teria sido favorecida até mesmo por separatistas bascos mais moderados (AGUILAR, 2001, p. 103). Os debates legislativos para a adoção da lei de anistia de 1977 ilustram essa escolha política espanhola pelo esquecimento recíproco enquanto condição para a transformação política. Xavier Arzalluz, líder do Partido Nacionalista Basco, afirmou que a anistia era necessária para esse processo de esquecimento, que a lei era concedida “de todos para todos”, posto que todas as partes no conflito teriam cometido crimes de derramamento de sangue (AGUILAR, 2001, p. 103).

Recentemente, as escolhas empreendidas no âmbito da transição política espanhola têm sido rediscutidas no país. Em face de tais questionamentos, o rei Juan Carlos sancionou, em 2007, a *Ley de Memoria Histórica* (SPAIN, 2007). Essa lei reconheceu o espírito de reconciliação que teria norteado a transição no país, redundando na adoção da Constituição de 1978, mas afirmou que as demandas de cidadãos prejudicados nos anos anteriores ao regime democrático seriam legítimas e justas, de forma que as mesmas deveriam ser atendidas.

Ademais, foi expressamente condenado o regime de Franco, considerado como período de graves violações de direitos humanos.⁹⁷

3.4 Considerações sobre anistias e experiências nacionais

De todo o exposto, as experiências nacionais ilustram as diferentes formas de motivar a concessão de anistias. Sem que existam soluções invariáveis para lidar com situações conflituosas de transformação política, a escolha do mecanismo mais adequado depende dos detalhes e das circunstâncias contextuais.

Aquilo que, para certos grupos sociais, é considerado relevante para superar um determinado regime político pode ser considerado menos importante para outros grupos. Assim, se na Espanha o esquecimento foi tido como algo que poderia beneficiar uma transição pacífica e justa, na África do Sul as tradições culturais de tolerância foram importantes no desenho de um processo de transição que condicionou a concessão de anistias à revelação de fatos relacionados às violações do passado.

Por seu turno, em face de a nação estar dividida entre membros da resistência e antigos colaboracionistas com o regime nazista, as anistias francesas adotadas após o fim da Segunda Guerra Mundial buscaram reintegrar uma parcela estigmatizada da sociedade, possibilitando a revisão de uma condição de criminoso e favorecendo o estabelecimento de outro olhar para aqueles que apoiaram o governo de Vichy e que nele atuaram.

⁹⁷ O texto da exposição de motivos da lei é claro nesse sentido: “El espíritu de reconciliación y concordia, y de respeto al pluralismo y a la defensa pacífica de todas las ideas, que guió la Transición, nos permitió dotarnos de una Constitución, la de 1978, que tradujo jurídicamente esa voluntad de reencuentro de los españoles, articulando un Estado social y democrático de derecho con clara vocación integradora.

El espíritu de la Transición da sentido al modelo constitucional de convivencia más fecundo que hayamos disfrutado nunca y explica las diversas medidas y derechos que se han ido reconociendo, desde el origen mismo de todo el período democrático, en favor de las personas que, durante los decenios anteriores a la Constitución, sufrieron las consecuencias de la guerra civil y del régimen dictatorial que la sucedió.

Pese a ese esfuerzo legislativo, quedan aún iniciativas por adoptar para dar cumplida y definitiva respuesta a las demandas de esos ciudadanos, planteadas tanto en el ámbito parlamentario como por distintas asociaciones cívicas. Se trata de peticiones legítimas y justas, que nuestra democracia, apelando de nuevo a su espíritu fundacional de concordia, y en el marco de la Constitución, no puede dejar de atender.

[...] La presente Ley asume esta Declaración así como la condena del franquismo contenida en el Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa firmado en París el 17 de marzo de 2006 en el que se denunciaron las graves violaciones de Derechos Humanos cometidas en España entre los años 1939 y 1975.” (SPAIN, 2007). Uma análise recente sobre a transição na Espanha, buscando repensar seus contornos, é apresentada por MUÑOZ, Diego; ALONSO, Gregorio (Eds.). *The politics of memory of democratic transition: the Spanish model*. London: Routledge, 2010 (Canada Blanch Studies on Contemporary Spain).

No Brasil e no Uruguai, a concretização da democracia e a superação dos regimes militares foram tidas como questões fundamentais, de forma que a reconciliação e pacificação nacionais foram as razões que motivaram a adoção do benefício da anistia para opositores do regime e para os agentes estatais perpetradores de violações de direitos humanos. Assim, para além da questão da impunidade, outros argumentos podem ser apresentados para a reflexão a respeito das anistias, o que favorece um entendimento da complexidade dos processos de transição política.

Essas considerações não equivalem a afirmar que julgamentos são estratégias inadequadas de justiça de transição; a depender do contexto, julgamentos podem ser soluções bastante úteis, mas não são a única alternativa possível. O objetivo do presente capítulo foi, assim, articular diversas possibilidades argumentativas relacionadas à prática de adoção de anistias. Boas razões podem ser invocadas para a sua concessão, ao mesmo tempo em que se desenvolve o discurso da luta contra a impunidade.

4 O EMBATE ENTRE DISCURSOS DE DIREITOS HUMANOS: JULGAMENTOS E ANISTIAS

Após terem sido exploradas as justificativas normativas relacionadas às anistias, este capítulo possui como objetivo desenvolver o argumento relacionado à indeterminação do discurso de direitos humanos. Nesse sentido, tanto anistias quanto julgamentos são alternativas que podem ser articuladas com base nesse discurso como narrativas concorrentes, o que reflete as batalhas políticas a respeito das maneiras apropriadas para implementar a proteção desses direitos em contextos concretos de mudança de regime.

Os argumentos que serão desenvolvidos a seguir relacionam-se à ideia de que não haveria possibilidade de apontar preferências fixas entre anistias e julgamentos, como faz a CIDH em suas decisões. As duas alternativas de justiça de transição têm aspectos positivos e negativos, perdas e ganhos que devem ser considerados para analisar sua possível adequação em contextos específicos de transformação política.

A corte, em nenhum dos casos analisados, buscou compreender de forma aprofundada os contornos das transições latino-americanas, suas respectivas barganhas e limitações políticas, tampouco as escolhas que foram empreendidas em âmbito local para possibilitar a mudança de regime. As decisões da CIDH partem do pressuposto (contestável) de que a ausência de julgamentos é um mal em si, na medida em que necessariamente deixariam as vítimas sem saber o que ocorreu, sem um remédio justo e sem possibilidade de reconciliação, além de deixá-las sem reparações pelas violações ocorridas.

No entanto, a ausência de julgamentos nem sempre leva ao total desrespeito dos direitos das vítimas. Anistias e outras alternativas de justiça de transição podem contribuir para a reconstrução de narrativas a respeito dos fatos, para a consolidação de outras formas de responsabilização e para a reparação das vítimas pelas violações sofridas. *A d e m a i s*, como visto no capítulo anterior, anistias podem contribuir para o contexto de transformação política com objetivos normativos diversos, mas igualmente fundados em um discurso de direitos humanos. Na medida em que podem propiciar reconciliação, transição democrática, pacificação interna, unidade nacional, perdão ou mesmo o esquecimento necessário para superar um passado doloroso de violência, anistias podem contribuir para a concretização de uma transição pacífica e factível, relacionadas ao cenário mais amplo das possibilidades e

limitações existentes contextualmente. A perspectiva das vítimas, em especial daqueles que atuaram em oposição a regimes autoritários, é fortemente considerada, uma vez que as anistias podem propiciar a restituição de direitos cassados e a volta de exilados ao respectivo país de origem, além da revisão das condenações políticas aplicadas aos opositores enquanto atuação do aparato estatal repressivo do regime anterior.

Diferentemente do que afirma a CIDH, anistias não são um mal em si, enquanto violação do direito internacional ou ato ilícito. Da mesma forma, julgamentos não podem ser considerados um benefício *per se*. A utilidade de um ou outro mecanismo não pode ser defendida em abstrato, a não ser em termos de um discurso ideológico que apresente como natural uma escolha feita entre diversas alternativas possíveis (KOSKENNIEMI, 2009, p. 11-12).

A argumentação da CIDH limita o conflito de mudança de regime enquanto oposição clara e estanque entre perpetradores e vítimas, articulando conceitos de natureza universalista para conseguir impor seu viés a favor dos julgamentos. Além de violações de direitos humanos, cuja existência não se pretende negar ou desvalorizar, questões relacionadas aos processos de transformação política também estiveram presentes nos referidos casos. O entendimento que afirma um dever estatal de julgar violações obscurece a complexidade dos contextos brasileiro, chileno, peruano e uruguaio de mudança de regime.

Para desenvolver o argumento relacionado à indeterminação do discurso de direitos humanos, as próximas seções do texto debaterão o lado obscuro dos julgamentos e as virtudes das anistias, considerando que as virtudes de julgamentos e o aspecto problemático das anistias já foram articulados no posicionamento da CIDH debatido anteriormente. Assim, preferências fixas pela adequação de um ou outro mecanismo não podem ser estabelecidas, uma vez que ambos podem ser tanto justificados quanto criticados com base em uma perspectiva de direitos humanos. Essa diversidade de possibilidades argumentativas reflete a questão da indeterminação.

A menção ao lado obscuro dos julgamentos (*dark sides*) e às virtudes das anistias toma emprestado, de forma deliberada, os termos utilizados por David Kennedy (2004), o que reflete a influência de sua abordagem neste trabalho. Não se trata propriamente de analisar as falhas (e os sucessos) na implementação de um tribunal ou de uma corte, a falta de recursos materiais e espirituais ou mesmo a falta de comprometimento daqueles que estão envolvidos

em tal empreitada.⁹⁸ Afinal, qualificar uma determinada experiência como algo que falhou implica reconhecer, previamente, o que deve ser considerado como sucesso.⁹⁹

Estudos sobre o funcionamento de mecanismos de justiça de transição e sobre seu caráter efetivo ou legítimo estão relacionados a definições prévias que nem sempre são declaradas. A realidade é computada por meio de critérios preestabelecidos relacionados a bom funcionamento, efetividade e legitimidade. No entanto, esses são conceitos absolutamente disputados, os quais dependem de escolhas políticas para sua concretização.¹⁰⁰ Para além da questão da implementação, os pontos cegos dos julgamentos serão analisados como aquelas perspectivas que teriam sido excluídas no momento em que esse mecanismo foi escolhido, isto é, como as dimensões não foram contempladas por essa opção. Assim, ante tal dimensão obscurecida, é possível refletir a respeito das consequências não previstas, dos custos e benefícios dessa escolha, das promessas que não poderão ser cumpridas, do viés relacionado à escolha pelos julgamentos, dentre todas as dificuldades que podem aparecer a despeito dos melhores esforços para a sua concretização (KENNEDY, 2004, p. xviii).

⁹⁸Nas palavras de David Kennedy (2004, p. xviii-xix, grifos do autor): “These quite formidable problems of implementation are not my focus. I am concerned about the difficulties which our *best* efforts themselves may bring, and with the unacknowledged costs of routine humanitarian endeavors on the international stage. I do not propose a unified theory for the dark sides of international humanitarianism. My sense, rather, is that things can go wrong in all sorts of different ways. [...] My hope is that bringing the costs of humanitarianism to the surface will encourage an attitude of responsibility for the difficulties our endeavors inevitably bring. [...] For all our good intentions and careful attention to costs and benefits, dark sides, blind spots, biases all will remain with us.”

⁹⁹Para análises que buscam debater o que teria dado errado e o que teria funcionado em experiências concretas de justiça de transição ver, ilustrativamente, SNYDER, Jack L.; VINJAMURI, Leslie. Trials and errors: principle and pragmatism in strategies of international justice. *International Security*, Cambridge, v. 28, n. 3, p. 5-44, 2003. O já citado livro sobre efetividade de mecanismos de justiça de transição – OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. *Transitional justice in balance: comparing processes, weighing efficacy*. Washington: United States Institute of Peace, 2010 – também pode ser citado como exemplo desse tipo de estudo, pois análises de efetividade também pressupõem o estabelecimento de critérios prévios para definir algo como efetivo. Por fim, sempre a título ilustrativo, o artigo sobre a legitimidade de anistias, de Ronald C. SLYE, também pode ser mencionado como um estudo que implica o reconhecimento prévio de critérios para distinguir experiências legítimas e ilegítimas, SLYE, Ronald C. The legitimacy of amnesties under international law and general principles of Anglo-American law: is a legitimate amnesty possible? *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 43, n. 1, p. 173-247, 2002.

¹⁰⁰Martti Koskeniemi critica fortemente tais abordagens enquanto *managerialism*, ou seja, análises que não discutem os pontos de partida, os pressupostos políticos envolvidos em debates sobre legitimidade: “I am particularly thinking of the kind of ‘managerialism’ that suggests that international problems – problems of ‘globalization’ – should be resolved by developing increasingly complicated technical vocabularies for institutional policy-making. One encounters this often in the suggestion to replace international law’s archaic mores by a political science-inspired language of ‘governance’, ‘regulation’, or ‘legitimacy’. The managerial approach is critical of the formal aspects of the legal craft that it often sees as an obstacle for effective action. Its preference lies with informal ‘regimes’ and its focus is on (the fact of) ‘compliance’ rather than (normative) analysis of what there is to comply with. Managerialism wants to realize ‘actors’ (often identified as billiard-ball states) more or less unproblematic ‘interests’. For it, the objectives of institutional action are given and the only remaining questions concern their manner of optimal realization.” (KOSKENIEMI, 2009, p. 15). Nesse sentido, ver também KOSKENIEMI, Martti. Constitutionalism as mindset: reflections on Kantian themes on international law and globalization. *Theoretical Inquiries in Law*, Tel Aviv, v. 8, n. 1, p. 9-36, 2007.

Neste capítulo, a discussão sobre os pontos cegos de julgamentos terá como ponto de referência as justificativas normativas consideradas pela CIDH como fundamentais a essa alternativa: proteção dos direitos das vítimas, enquanto direito de saber o que ocorreu, direito a um remédio efetivo, enquanto medida de reconciliação, e direito a reparações, incluindo garantia de não repetição das atrocidades cometidas. Da mesma forma será conduzida a discussão a respeito das virtudes das anistias.

Afirmar a possibilidade de *dark sides* implica reconhecer que nem todos os problemas poderão ser enfrentados ao se pensar em ações de direitos humanos em situações concretas. Escolhas necessariamente deverão ser feitas, de forma que parte dos problemas ficará excluída diante dos contornos dessas opções. Haverá sempre questões iluminadas e questões obscurecidas, abordagens que refletem preferências por determinadas maneiras de alocação de bens materiais e espirituais no mundo, por determinados projetos relacionados ao bem comum, ante a impossibilidade de dar conta de todas as necessidades concretas.

Não se trata, portanto, da aplicação de princípios preexistentes de direito internacional ou da correção de uma aplicação falha por meio de interpretação. O que está em jogo são tipos alternativos de ação, todos eles respaldados por argumentos jurídicos plausíveis (KOSKENNIEMI, 2011b, p. v).

Nesse sentido, a discussão relacionada ao embate entre anistias e julgamentos, ambas alternativas fundadas em um discurso de direitos humanos, envolve também um debate a respeito de uma dimensão de objetividade em direito internacional. Em que medida seria possível afirmar a existência, atualmente, de um inequívoco *duty to prosecute* em direito internacional? Tal determinação não aparece em vários tratados de direito internacional de direitos humanos, e os Estados têm adotado anistias de forma contínua nas últimas décadas. Diane Orentlicher (1991, p. 2.568) refere que a melhor interpretação desses tratados (*authoritative interpretation*) aponta para a existência de um dever de julgar violadores. Seria possível afirmar a existência da melhor interpretação de direito internacional de maneira abstrata, sem considerar os constrangimentos políticos relacionados aos casos concretos de mudança de regime?

Essas questões serão debatidas no presente capítulo, mas sem a pretensão de oferecer saídas generalizantes nem de afirmar que anistias seriam a melhor solução em termos de

justiça de transição. Tal pretensão equivaleria à atuação hegemônica da CIDH,¹⁰¹ apenas trocando o foco de uma corte internacional para a dimensão local.¹⁰²

4.1 O lado obscuro dos julgamentos

Uma das principais dificuldades que estaria relacionada à necessária e obrigatória realização de julgamentos em face de violações de direitos humanos cometidas em contextos de transformação política seria um excessivo legalismo.

Enquanto atitude ética que considera condutas como questões relacionadas ao cumprimento de normas, o legalismo entende relações morais como direito e deveres que seriam determinados pelo direito. Trata-se de moralidade que pode ser vista em várias manifestações concretas, com diferentes intensidades e em diferentes locais. Enquanto complexo de qualidades humanas que não poderia ser medido ou classificado, o legalismo apresenta padrões de organização e ideais para vários grupos sociais, em especial para aqueles que estão interessados na manutenção do direito – seus operadores, como juízes, advogados etc. A necessidade de estabelecer uma divisão clara entre o que é direito e o que não é direito levou à elaboração de sistemas rígidos de definições formais, isolando o direito do contexto social em que se insere (SHKLAR, 1986, p. 1-2).¹⁰³

¹⁰¹Atuação hegemônica deve ser entendida aqui enquanto perspectiva particular que se apresenta como universal: “By ‘hegemonic contestation’ I mean the process by which international actors routinely challenge each other by invoking legal rules and principles on which they have projected meanings that support their preferences and counteract those of their opponents. In law, political struggle is waged on what legal words such as ‘aggression’, ‘self-determination’, ‘self-defence’, ‘terrorist’ or *jus cogens* mean, whose policy will they include, whose will they oppose. To think of this struggle as *hegemonic* is to understand that the objective of the contestants is to make their partial view of that meaning appear as the total view, their preference seem like the *universal preference*.” (KOSKENNIEMI, 2011a, p. 222).

¹⁰²Em nota editorial à edição especial do *International Journal of Transitional Justice* sobre abordagens globais e locais para justiça de transição, edição denominada *Whose Justice? Global and Local Approaches to Transitional Justice*, Kimberly Theidon (2009) debate a problemática de se estabelecer uma oposição forte entre global e local, como se o primeiro fosse a dimensão da imposição de soluções jurídicas para situações de transformação política e o segundo a dimensão das soluções jurídicas “reais”. A autora afirma a natureza de senso comum de uma tal divisão e explicita que “Just as the global is dynamic, changing, constructed and contested, the local and the communal are also historically specific, strategically constructed places and ‘structures of feeling’ that may be riddled with conflict and treachery.” (THEIDON, 2009, p. 296-297).

¹⁰³Mais recentemente, Kieran McEvoy (2007) debateu a questão do legalismo em relação à justiça de transição, afirmando a força dominante do legalismo nesse campo em três possibilidades interrelacionadas e mesmo sobrepostas: legalismo como sedução, como trunfo dos direitos humanos e a tendência de ver o campo da justiça de transição como centrado na figura do Estado.

Nesse sentido, na medida em que o posicionamento da corte considera os casos brasileiro, chileno, peruano e uruguaio somente como situações de violação a regras internacionais de *jus cogens*, sem buscar analisar o que estava em jogo em cada um dos contextos particulares de transição política, a corte reduz a complexidade de uma situação de mudança de regime à verificação do cumprimento ou descumprimento de regras supostamente universais. Vale ressaltar que o poder de identificar a existência de regras universais fica totalmente nas mãos da CIDH, tendo em vista a ausência de um catálogo de regras de *jus cogens* e de critérios claros para a identificação dessas normas, como já referido.

A CIDH afirma a existência de regras universais de direito internacional com base em valores tidos como objetivamente superiores – verdade e justiça –, os quais seriam capazes de alçar o direito internacional dos direitos humanos a uma posição de superioridade em comparação com as anistias locais e, portanto, com o direito interno dos Estados-partes. A argumentação da corte, afirmando um inequívoco *duty to prosecute* em direito internacional, se sustenta sobre esses valores naturalmente superiores e objetivos que estariam relacionados ao direito internacional dos direitos humanos. No entanto, a verdade e a justiça defendidas pela corte estariam relacionadas somente a julgamentos, sem que fosse possível concretizar tais valores por outros meios – anistias nacionais, por exemplo. Apenas julgamentos seriam capazes de contar a história completa e inequívoca das ditaduras da América Latina, sendo a produção de provas em procedimentos criminais a maneira mais adequada para empreender a definitiva narrativa histórica a respeito do autoritarismo latino-americano.¹⁰⁴ E as vítimas de violações de direitos humanos só teriam justiça por meio de medidas de natureza retributiva.

O inconveniente de afirmar a existência de uma dimensão universal está relacionado à ausência de um representante dessa dimensão que não seja, ao mesmo tempo, um ator particular, como um Estado, uma organização ou um movimento político. Questões como valores universais ou comunidade internacional só se fazem conhecidas pela mediação de um ator político em uma situação particular. Por trás de uma noção universalista de direito internacional, há uma perspectiva particular expressa por determinado ator em uma dada circunstância, e não um conjunto estável e autônomo de demandas a respeito de uma realidade política (KOSKENNIEMI, 2011a, p. 221-222). Na ausência desse conjunto estável

¹⁰⁴A preocupação da CIDH em construir narrativas históricas a respeito dos contextos de violações de direitos humanos esteve presente nos casos analisados no início deste trabalho. Cf. supra p. 49-50 e supra nota 48.

de demandas, parece problemático afirmar a existência de valores superiores e objetivos, como faz a CIDH. Como corte de direitos humanos da América Latina, a CIDH está interessada em afirmar seu protagonismo na região, invalidando a saída local concretizada em leis de anistia.

Não se pretende afirmar neste estudo que verdade e justiça sejam questões pouco importantes ou mesmo irrelevantes em um cenário de transformação política e de violações de direitos humanos, mas somente iluminar o viés legalista da CIDH ao analisar os casos brasileiro, chileno, peruano e uruguaio e afirmar um dever de julgamento. Verdade e justiça só podem ser alcançadas com a implementação dessa alternativa, o que restringe o complexo contexto de mudança de regime à moldura dicotômica de violadores *versus* vítimas, como se toda a história dessas transformações políticas estivesse relacionada apenas a um quadro de violações de regras universais de direito internacional.

Violações de direitos humanos foram perpetradas por agentes estatais na América Latina no decorrer das ditaduras do século passado, não há dúvidas. Regras internacionais, em especial a Convenção Americana, relacionam-se ao contexto latino-americano, também não restam dúvidas. Porém, essa é apenas uma parte do contexto de transformação política na região, e a CIDH poderia atuar levando em consideração a dimensão política desses contextos.¹⁰⁵

Como visto com mais detalhes nos casos uruguaio e brasileiro, as violações de direitos humanos cometidas durante o regime foram anistiadas em situações em que a força dos militares ainda era relevante no cenário político do primeiro e para possibilitar reconciliação e transição democrática, no caso do segundo.

A adoção da anistia uruguaia, frise-se, efetuada já no âmbito do governo civil e referendada duas vezes pela população em um processo de consulta democrática, foi a opção encontrada para possibilitar a continuidade do governo civil em face de forças armadas fortes e influentes no cenário político.

¹⁰⁵Um exemplo desse tipo de atuação pode ser mencionado relativamente à Corte Europeia de Direitos Humanos e à chamada doutrina da margem de apreciação (*margin of appreciation*). Aos Estados-partes é atribuída certa discricionariedade no exercício de funções legislativas e executivas em relação aos direitos previstos na CEDH, desde que tais funções envolvam questões morais, sociais, culturais etc. próprias do país. Certas decisões internas nacionais podem ser mantidas sem que seja constatada violação à CEDH, mas cabe à Corte Europeia definir em quais casos seria possível aplicar a doutrina da margem de apreciação (VEÇOSO, 2006, p. 189-190). A menção à atuação da Corte Europeia não tem como intenção afirmar a superioridade da CEDH diante da CIDH, mas somente ilustrar que existem outras possibilidades institucionais de lidar com a diversidade em um contexto de proteção aos direitos humanos.

A adoção da anistia brasileira, ainda que efetuada pelo próprio regime militar, esteve relacionada a um movimento popular que defendeu os direitos dos opositores ao regime, tendo envolvido manifestações pela reorganização do Estado de Direito e pela proteção de direitos humanos. Logo, a anistia defendida por grupos da sociedade brasileira como ampla, geral e irrestrita seria uma medida protetiva, buscando garantir os direitos daqueles que se opuseram à ditadura. A anistia aprovada em 1979 não refletiu totalmente os anseios da população, mas a lei adotada possibilitou a retomada de negociações entre o regime e a oposição, refletindo um processo de abertura política em curso no país. Sublinhe-se que o processo brasileiro de transformação política não se encerrou com a anistia de 1979. O reconhecimento estatal dos desaparecimentos políticos e um programa de reparações foram empreendidos posteriormente, em 1995 e 2002, respectivamente, sem falar na recente criação da Comissão de Verdade no país. Logo, enquadrar a anistia brasileira como medida que objetivou somente impedir o julgamento dos responsáveis por violações de direitos humanos constitui-se em narrativa parcial do caso brasileiro.

Os casos do Chile e do Peru envolveram a adoção de anistias pelo próprio regime de Pinochet e Fujimori, respectivamente. Por mais que as anistias nesses países tenham contribuído decisivamente para evitar a investigação e o julgamento das violações de direitos humanos cometidas em ambos os regimes, a sua adoção também foi relevante para possibilitar a transição política em direção à democracia.

No Chile (1995, p. 453-534), após a anistia adotada por Pinochet em 1978, seguiu-se um contexto de protestos em face do regime militar durante os anos 1980. Essa situação de intensa oposição culminou na realização de um plebiscito popular que buscava legitimar o regime ditatorial. No entanto, o resultado do plebiscito foi desfavorável para os militares, tendo sido negada a continuidade do regime. Pinochet deixou o governo afirmando que teria deixado o Chile “bem amarrado” (CHILE, 1995, p. 454) e manteve sua influência no novo governo civil enquanto comandante em chefe das Forças Armadas até 1997. Trata-se, assim, de uma situação em que, da mesma forma como visto no Uruguai, os militares deixaram o poder com sua força intacta, o que certamente impossibilitou a revisão da anistia chilena de 1978.

No entanto, tal situação não foi equivalente a uma negação simplista do ocorrido no regime de Pinochet. Uma comissão de verdade foi criada no Chile por seu primeiro presidente civil, Patricio Aylwin, em 1990. Com base no extenso relatório da Comissão de Verdade

chilena, um amplo programa de reparações foi criado, além de o presidente Aylwin ter efetuado um pedido público de desculpas à população em face do quanto ocorrido durante a ditadura chilena (CHILE, 1995, p. 454).

Por seu turno, o caso peruano também envolveu a adoção de legislação pelo próprio regime autoritário de Fujimori, em 1995, em face das diversas violações de direitos humanos perpetradas contra os grupos opositores *Sendero Luminoso* e *Túpac Amaru*, baseadas em discriminação contra a população indígena do país. Com a queda do regime, em 2000, uma comissão de verdade também foi estabelecida no Peru para investigar violações cometidas entre maio de 1980 e novembro de 2000 (HAYNER, 2011, p. 35-37).

O que se busca salientar é que as situações vivenciadas na América Latina e descritas pela CIDH como contextos de violação de direitos humanos podem ser descritas considerando outros aspectos, buscando tratar do contexto de mudança de regime para além de uma perspectiva legalista, sem resumir tais situações ao mero descumprimento de normas de direito internacional de *jus cogens*.

Ao legalismo, podem ser adicionados outros *dark sides* de julgamentos, como formalismo e uma falta de sensibilidade para o contexto local. Como afirmado, as barganhas políticas relacionadas à transformação política na região não foram incluídas na descrição empreendida pela corte, sendo tais situações descritas enquanto oposição clara entre vítimas e perpetradores.¹⁰⁶

Ainda relativamente ao contexto local, pode ser mencionado o argumento apresentado por Jan Klabbers (2003, p. 375), no sentido de que insistir na dimensão individual de direitos humanos pode ser algo problemático por obscurecer a dimensão coletiva em um cenário de mudança de regime. Afinal, indivíduos fazem parte de comunidades, e a articulação de questões políticas por meio de direitos individuais pode levar à erosão de importantes conexões sociais relacionadas ao contexto de transformação política.

Os julgamentos em âmbito criminal poderiam ser incluídos nessa abordagem individualista de direitos humanos, na medida em que todo um regime político passa a ser analisado com base nos atos individuais de agentes estatais. O risco é justamente incorrer em

¹⁰⁶Esse argumento foi articulado por Carlos Santiago Nino, em texto escrito em resposta ao artigo de Diane Orentlicher (1991), que afirmou um inequívoco dever de julgar violadores em direito internacional. Segundo Nino (1990), a discussão teórica a respeito de um *duty to prosecute* não daria conta das realidades complexas que governos sucessores devem enfrentar, e o autor buscou ilustrar sua argumentação com base no contexto factual da Argentina, questionando os alegados benefícios de um dever universal de processar violadores. O autor expandiu sua análise em NINO, Carlos Santiago. *Radical evil on trial*. New Haven: Yale University, 1996.

uma análise incompleta sobre o regime político anterior, uma vez que não é considerada a atuação do regime de forma abrangente, envolvendo não somente atos individuais, mas questões sociais estruturais mais profundas relacionadas ao conflito.

Aqui podem ficar mais claros os limites de uma abordagem que opõe vítimas a perpetradores. Simpatizantes do regime poderiam ser considerados perpetradores? Quais seriam os critérios para qualificar indivíduos com etiquetas tão dicotômicas? Tais critérios parecem não existir em abstrato. Somente uma análise aprofundada dos casos concretos pode permitir compreender o grau de comprometimento da comunidade com determinado regime político, sem que exista qualquer garantia de que todos poderão ser enquadrados ou como vítimas ou como perpetradores.

Enquanto característica relacionada ao legalismo, o formalismo também pode ser apresentado como ponto cego de julgamentos. Esse aspecto não compreenderia tratar o direito de forma mecânica, enquanto deduções lógicas realizadas com base em determinadas premissas, mas como um sistema de normas autocontido, com existência *out there* (algo que existe “lá fora”), desconsiderando seu conteúdo e seus objetivos. Assim, uma perspectiva formalista compreende o direito como um bloco isolado de conceitos que não possui características relevantes a não ser em função de sua validade ou invalidade em uma dimensão hipotética. Esse isolamento deliberado do sistema jurídico, o direito enquanto entidade social neutra, seria em si uma ideologia política, a expressão de uma preferência (SHKLAR, 1986, p. 33-34).¹⁰⁷ Nesse sentido, afirmar a necessidade de julgamentos sem qualquer referência às particularidades contextuais configura uma postura formalista.

Ademais, a afirmação de um inequívoco *duty to prosecute* também gera uma situação de rigidez e inflexibilidade, uma vez que resta limitado o âmbito de atuação dos Estados para lidar com seus respectivos contextos de mudança de regime. Para a corte, como visto de forma expressa no caso *Gomes Lund*, somente julgamentos respondem adequadamente às

¹⁰⁷Mais adiante, Judith N. Shklar (1986, p. 35, grifos da autora) explicita melhor o que pretende dizer com essa questão do *out there* relativamente ao formalismo: “Here a legal system can be treated as something ‘there’, an entity to be analyzed only by looking at it in a purely formal terms, even if it does not have the static timelessness really required for such an enterprise. The ‘thereness’ of legal systems as historical institutions is, however, far from self-evident. Nothing in human history is self-evident. Formalism creates this ‘thereness’ because its promoters think that a legal system *ought* to be ‘there’ in order to function properly. To be ‘there’ it must be self-regulating, immune from the unpredictable pressures of politicians and moralists, manned by a judiciary that at least tries to maintain justice’s celebrated blindness. This is why it is seen as a series of impersonal rules which fit together neatly.”

situações presenciadas no Brasil, Chile, Peru e Uruguai, mesmo em face das outras medidas adotadas nesses Estados, como programas de reparação e comissões de verdade.

Deve-se mencionar, ainda, o risco de que julgamentos fiquem restritos ao ativismo de certos grupos ou organizações não governamentais (MALLINDER, 2008, p. 9). Assim, discursos reconhecendo regras internacionais a respeito de certos temas seriam afirmados por grupos mais atuantes, buscando persuadir governos e órgãos políticos a alterar sua atuação em prol dos interesses desses grupos e organizações. A questão é que esse processo não teria o condão de emprestar clareza ao direito internacional (MALLINDER, 2008, p. 10). Ao contrário, trata-se de prática discursiva que objetiva o convencimento e a obtenção de determinados resultados práticos estatais.

Finalmente, os últimos comentários sobre os *dark sides* de julgamentos devem ser feitos no que tange à obtenção da verdade em um procedimento de caráter criminal e à garantia de não repetição de violações de direitos humanos.

A obtenção da verdade em contextos de transformação política é um tema complexo, posto que, como já mencionado, a mudança de regime está relacionada à deslegitimação do regime anterior e às batalhas políticas sobre o novo discurso de legitimidade, possibilitando a instalação de um governo diverso. Variadas narrativas a respeito do regime prévio se apresentam de forma concorrente, mas nem todas serão afirmadas no âmbito do novo regime, tendo em vista a necessidade de autolegitimação. Assim, a obtenção da verdade seria um processo relacionado à demarcação do novo regime, em um movimento que busca qualificar os fatos do passado como ilegítimos.

Ante tal contexto de complexidade, a produção de provas em um processo criminal individual não parece ser a maneira mais adequada para empreender um relato histórico completo e detalhado a respeito do ocorrido no passado. A verdade dos autos em procedimentos individuais é insuficiente para esclarecer as particularidades estruturais de um contexto coletivo de transição política.¹⁰⁸

Jan Klabbers (2002, 60-66) discute as limitações para alcançar a verdade absoluta dos fatos em um cenário de mudança de regime, afirmando o caráter dual da verdade relacionada questões políticas: pode ser detestada pelos líderes que dela não possuem controle, e ao

¹⁰⁸“On the contrary, the meaning of historical events often exceeds the intentions or actions of particular individuals and can be grasped only by attention to structural causes, such as economic or functional necessities, or a broad institutional logic through which the actions by individuals create social effects.” (KOSKENNIEMI, 2002, p. 13-14)

mesmo tempo pode ser tirânica, na medida em que encerra o debate político a respeito do passado. Para o autor, julgamentos seriam instrumentos com restrita aptidão para lidar com a questão da verdade em cenários de mudança de regime, porque a tratam como algo apolítico, como se a dimensão jurídica estivesse a salvo de questões políticas. No entanto, em um processo de deslegitimação do passado e legitimação de um novo governo, são justamente escolhas políticas que influenciam os aspectos que serão obscurecidos e aqueles que serão iluminados; o que será tido como verdade e o que será tido como falsidade para o novo regime.

Assim, saber a verdade a respeito do passado, o *right to know* das vítimas, não parece ser um processo descomplicado, mas algo que está relacionado a movimentos políticos mais abrangentes.

Quanto à garantia de não repetição, dois argumentos podem ser apontados para questionar essa possível virtude. Em primeiro lugar, afirmar que a realização de julgamentos seria fator importante para impedir futuras violações de direitos humanos tidas como graves – crimes contra a humanidade, por exemplo – pressupõe assumir que as pessoas calculam racionalmente os custos e os benefícios de suas ações. Nesse cenário, a ameaça de julgamentos poderia contar como um custo indesejável, barrando a atuação dos indivíduos. No entanto, se crimes contra a humanidade são considerados como situações em que há um mal extremo, cometidos por inimigos da humanidade que estariam além de qualquer dimensão de racionalidade, não faz sentido pensar em cálculos de custo-benefício. Em segundo lugar, muitas atrocidades são perpetradas sem a intenção de cometer crimes, mas como atos relacionados a um projeto ideológico de bem comum. Assim, se indivíduos atuam em um contexto que afirma um objetivo maior de melhoria da realidade, também não faria sentido falar em garantia de não repetição, pois os atos cometidos não seriam considerados pelas pessoas como algo maligno que deve ser evitado no futuro (KOSKENNIEMI, 2002, p. 11).

Do exposto, pode-se perceber que julgamentos não estão relacionados somente a aspectos virtuosos. Diversos pontos cegos podem ser apontados para evitar uma conclusão apressada pelo favorecimento dessa alternativa em contextos de justiça de transição.

4.2 As virtudes das anistias

Uma vez expostos os *dark sides* de julgamentos, aspectos positivos podem ser iluminados em relação aos processos de adoção de legislação nacional de anistia. Não se trata de análise sobre implementações bem-sucedidas de anistias, mas, da mesma forma como articulado no caso dos julgamentos, serão sublinhados aspectos positivos relacionados às anistias que restaram excluídos por força da afirmação de um absoluto dever de julgar violações.¹⁰⁹

Primeiramente, pode ser mencionada a estreita relação entre anistias e o contexto interno de transição política, já que processos de adoção desse benefício levam em consideração as limitações relacionadas às batalhas políticas e as considerações de caráter pragmático a respeito do que será necessário fazer (ou deixar de fazer) para possibilitar a mudança de regime. Contrariamente ao legalismo e ao formalismo de julgamentos, anistias lidam com as nuances políticas do processo interno de transformação de regime, sendo sensíveis para tal.

Assim, sem buscar afirmar a existência de um mundo de direitos humanos que exista para além da dimensão política, como se fosse possível organizar a realidade de modo a acabar com a “inconveniente” existência dessa dimensão (KLABBERS, 2003, p. 374), anistias propiciam a retomada de questões políticas enquanto elemento fundamental para lidar com situações de mudança de regime.

Além da sensibilidade para o contexto local, a ausência de julgamentos permite que os Estados busquem superar seus conflitos internos de forma mais flexível. Sem a determinação de um estrito *duty to punish*, os Estados teriam mais espaço para modelar seus processos de transformação política. A questão da flexibilidade pressupõe a compreensão de que as ações que devem ser empreendidas para propiciar a transformação política não estariam objetivamente definidas. Assim, não haveria uma receita prévia ou predeterminada para iniciar e consolidar um processo de mudança de regime.

¹⁰⁹David Kennedy (2004, p. 6) explicita os contornos desse tipo de análise: “And the factors influencing the pragmatic humanitarian making such an assessment will not, by any means, all be empirically proven, or even provable. To count as a cost (or benefit), effects must be articulated only in terms plausible enough to persuade people seeking to pursue human rights to take them into account. People will evaluate risks, costs, and benefits differently. Some people are most influenced by ethical criticism, others by political, philosophical, even aesthetic objections.”

Aqui se faz interessante mencionar brevemente as discussões teóricas a respeito das possibilidades de forçar a abertura dos regimes autoritários latino-americanos no século passado. Como relata Paige Arthur (2009, p. 334-348), as origens do campo da justiça de transição estiveram relacionadas a uma ideia de reforma política em vez de transformação social. Assim, debates teóricos a respeito de explicações estruturalistas, como a teoria da modernização socioeconômica, foram revistos. Essa modernização deixaria de ser condição necessária para um processo de desenvolvimento político, sendo afirmada a possibilidade de escolhas estratégicas por parte de uma elite política para possibilitar um processo de mudança de caráter político (PAGE, 2009, p. 338-339).

Nesse contexto, um grupo de estudiosos latino-americanos – incluindo Fernando Henrique Cardoso e Guillermo O'Donnell –, dentre outras nacionalidades, se reuniu no final dos anos 1970, sob os auspícios do Latin American Program, desenvolvido pelo Woodrow Wilson Center for Scholars, para pensar em que medida seria possível identificar oportunidades políticas para forçar a abertura das ditaduras na região.¹¹⁰

Arthur Page não menciona se as anistias tiveram algum papel específico discutido nesse projeto do Woodrow Wilson Center, mas o que se pretende iluminar com essas breves considerações a respeito de tal movimentação de intelectuais latino-americanos é que a mudança de regime na região foi objeto de reflexões específicas e conscientes a respeito de seus possíveis contornos.¹¹¹

Uma perspectiva de direitos humanos enquanto *duty to prosecute* coloca essa possibilidade de modelar processos de transformação política no escuro. As anistias, entendidas estritamente como violação de direitos internacional, passam a ser vistas como ato ilícito. No entanto, esse benefício não é necessariamente adotado ao acaso, como mero

¹¹⁰*Papers* foram produzidos por diversos cientistas políticos buscando identificar e debater tais oportunidades. Em setembro de 1979, Fernando Henrique Cardoso apresentou o seguinte trabalho CARDOSO, Fernando Henrique. Os impasses do regime autoritário: o caso brasileiro. *Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 26, p. 170-194, 1980.

¹¹¹ “Its [the project] key theme was that the origins of democracies are to be found in political choices rather than in structural conditions — and these choices are made by elites. Drawing on the case studies they had commissioned for the project, O'Donnell and Schmitter emphasized the inherent uncertainty of transitional outcomes, rejecting the contention that approaches applicable to stable periods were appropriate to transitional ones. They similarly placed enormous causal power in decisions taken, particularly by elites. They also emphasized the significance of bargaining on political outcomes, particularly in the form of pacts among elite groups. This latter point was one of the central elements of their argument. They divided the sequence of transitional ‘moments’ into a series of pacts, each of which would offer various interest groups mutual guarantees of protection — starting with the army, and working toward business and political elites. Though inherently undemocratic in terms of procedures, pacts are the best method of maintaining the stability necessary to establish a democracy, they concluded.” (PAIGE, 2009, p. 346)

desvio. No caso da América Latina, a articulação de intelectuais que viam no protagonismo das elites políticas uma oportunidade factível para a abertura democrática na região esteve estreitamente relacionada ao processo de mudança de regime.

Não se trata de analisar, nesta tese, se tal estratégia de pacto das elites é errada ou correta, boa ou má, mas somente de ilustrar como processos de mudança de regime podem ser modelados pelas particularidades do caso concreto.

Deve-se mencionar também que, como visto de maneira ilustrativa no caso da África do Sul, anistias podem ser conjugadas a outros mecanismos de justiça de transição, como comissões de verdade e programas de reparação, o que torna viável um amplo leque de possibilidades para desenhar o processo de transformação política.

A questão da busca pela verdade, também como ilustrado no caso da África do Sul, pode não ficar automaticamente marginalizada em processos de adoção de anistias. Como já referido, o procedimento de coleta de provas em um julgamento criminal não daria conta de incluir uma ampla narrativa histórica a respeito do regime anterior. As anistias, se adotadas em conjunto com uma comissão de verdade ou outras medidas de *truth-telling*, podem contribuir para a construção de relatos históricos, aptos inclusive a legitimar o novo regime, considerando de forma mais completa o caráter dual relativo à verdade, como já mencionado anteriormente neste capítulo.

Anistias conjugadas a mecanismos de *truth-telling* contemplam a questão política presente na situação de mudança de regime, escapando das limitações à obtenção da verdade decorrentes da produção de provas em procedimentos criminais. A realização de julgamentos enseja uma atuação estratégica dos indivíduos acusados no que tange à revelação dos fatos e à produção de provas, objetivando a inocência ou condenação com menor pena possível. Vale questionar se, diante de uma condenação provável, o acusado revelaria tudo o que sabe, com o risco de ser condenado com uma pena mais severa ante um relato integral do contexto fático e ausente qualquer programa de delação premiada.

Como outra virtude que pode ser mencionada, anistias possibilitam afirmar um debate a respeito do discurso de direitos humanos com contornos diversos, não enquanto discurso que seria tido como um bem em si, como o próprio objetivo a ser alcançado em termos de ideias relacionadas ao bem comum. Como afirma Jan Klabbers (2003, p. 374), o discurso de

direitos humanos pode ser visto enquanto garantia procedimental que facilita o embate político, sem generalizações, absolutismos ou universalismos.¹¹²

Assim, anistias possibilitam colocar luz em entendimentos diversos a respeito da proteção de direitos humanos, como discurso que permite a realização de debates e o estabelecimento de novos consensos políticos, de forma que tais direitos podem ser articulados de forma mais consciente, sem ilusões a respeito dos possíveis resultados a atingir. Em outras palavras, a obtenção de melhorias na realidade está relacionada a uma atuação política concreta, não somente à afirmação de direitos humanos em textos legais.

Nesse passo, o escopo de processos de transformação política não está dado de maneira objetiva. Cada situação de mudança de regime possui suas particularidades, e os exemplos mencionados no capítulo anterior ilustram esse argumento: anistia ante a *épuration* francesa, ante a experiência da Guerra Civil Espanhola, do *apartheid*, de forças armadas poderosas ou mesmo para consolidar um regime democrático. As alternativas adequadas para lidar com cada um desses cenários particulares não podem ser estabelecidas *a priori*, com a exclusão da dimensão política do debate.

Por fim, uma das virtudes importantes relacionadas às anistias que deve ser mencionada neste trabalho é a questão da perspectiva das vítimas. Afinal, esse é o aspecto tido como positivo por aqueles que defendem um inequívoco *duty to prosecute* em direito internacional, ressaltando a impossibilidade de proteção dos direitos das vítimas em um contexto obscuro de impunidade – obscuro no entendimento daqueles que preferem julgamentos.

Um primeiro aspecto da questão relacionada à perspectiva das vítimas é que a posição que afirma um *duty to prosecute* parece compreender as vítimas como uma unidade estanque e com interesses fixos no tempo e no espaço. As vítimas seriam, assim, um grupo homogêneo,

¹¹²A posição relacionada à retomada da dimensão política pelo discurso de direitos humanos também é articulada por David Kennedy em capítulo de seu livro em que procura listar vários *dark sides* relacionados ao *humanitarianism*. Nesse sentido, uma pretensa neutralidade seria um lado obscuro a ser reconhecido. Como afirma o autor: “Neutral intervention. The human rights vocabulary promises Western constituencies a neutral and universalist mode of emancipatory intervention. This leads these constituencies to unwarranted innocence about the range of their other ongoing interventions and unwarranted faith in the benign natures of a human rights presence. Thinking their interventions being benign or neutral, they intervene more often than they otherwise might. Their interventions are less effective than they would be if pursued in other vocabularies.” (KENNEDY, 2004, p. 23) Por seu turno, Martti Koskeniemi (2011c, p. 149) afirma que o caráter absolutista dos direitos humanos seria parte do próprio projeto liberal relacionado a esse discurso: “The absoluteness of rights discourse is not, however, an accidental property in it, but follows from its justifications within liberal theory, its purpose to create a set of unpolitical normative demands intended to ‘trump’ legislative policies or administrative discretion. The very point of rights as a special type of normative entitlements lies in their absoluteness, their uncontextual validity, and immediate applicability.”

que pensa sempre da mesma forma, independentemente dos contornos da situação real e da atuação estatal que pode ser empreendida para além de julgamentos.

Aliás, como afirma Louise Mallinder (2008, p. 358-359), a própria identificação de quem é vítima em um contexto de mudança de regime pode ser um processo bastante complexo. Que tipo de sofrimento caracterizaria uma vítima? Ilustrativamente: as pessoas que foram torturadas por agentes estatais a serviços de esquemas de repressão política em ditaduras certamente podem ser consideradas vítimas. Essa mesma conclusão poderia ser apresentada para aqueles que sofreram ameaças de tortura, sem que fossem efetivamente torturados? O mesmo questionamento vale para aqueles que sofreram por conta da ansiedade e da perda de oportunidades na vida cotidiana em um contexto de conflito, sem que tenham sofrido violações concretas de direitos humanos ou mesmo sem possuir familiares que tenham sofrido tais violações. Em outras palavras, o mero fato de viver sob um regime autoritário já caracterizaria a condição de vítima? Essas questões estão relacionadas a situações que, mais uma vez, não podem ser vistas de forma generalizante. A condição de vítima não está dada *a priori*.¹¹³

Ademais, a perspectiva das vítimas muda com o passar do tempo e é afetada por fatores os mais diversos. O risco continuado de violência física, o bem-estar econômico, as tradições culturais da comunidade e as visões políticas desta (MALLINDER, 2008, p. 11) são todos fatores que estão para além de uma escolha formal entre julgamentos ou anistias.

Como ilustrado no caso da percepção da população francesa à época da *épuration*, as prioridades das pessoas se alteram com o passar do tempo. Logo após o término do conflito, as vítimas podem priorizar sua segurança física e o acesso a itens de subsistência, como alimentos e remédios. No entanto, após algum tempo e com o estabelecimento do novo regime em um contexto de maior estabilidade, aqueles que sofreram violações de direitos humanos podem passar a refletir sobre seu papel na sociedade. Manifestações por reparações, pela verdade e mesmo por julgamentos podem ser articuladas em um cenário mais pacífico

¹¹³“In most countries, government institutions or transitional justice mechanisms have sought to identify, rather than applying the label to individuals who choose it for themselves. Nonetheless, an element of self-selection often remains, as victims decide whether to participate in any processes established by the government, although this choice can be restricted by conditioning reparations on participation. In most cases under consideration, states have created a legal definition of victimhood for the purposes of implementing transitional justice processes and awarding reparations. This can be problematic, however, as some countries have chosen to define the term narrowly. For example, the Argentine truth commission (CONADEP) only investigated cases of ‘disappearance’, and in Chile, the truth commission limited its findings to those human rights abuses resulting in death through torture, disappearance or execution.” (MALLINDER, 2008. p. 358).

em face do experimentado no passado – não que tais manifestações não possam aparecer já no âmbito do regime autoritário, como visto no caso do Brasil. O que se deseja ressaltar é que os interesses daqueles que sofreram violações não são fixos no tempo e no espaço, mas mudam em conjunto com a transformação política em curso.

Anistias podem ser um instrumento interessante para dar conta dessa variabilidade de interesses, assumindo que decisões não são inalteráveis.¹¹⁴ Como referido, a possibilidade de associar anistias a outros mecanismos de justiça de transição é um aspecto positivo, na medida em que permite contemplar as alterações de um processo em curso. Condenações criminais, por sua vez, possuem efeitos mais fortes e rígidos, com regras e condições estritas para rever o resultado final de julgamentos.

Portanto, a adoção de anistias permite compreender a diversidade e variabilidade dos interesses dos envolvidos em um processo de mudança de regime sem que haja oposição forte entre vítimas e violadores, o que torna possível adaptar o desenho da justiça de transição às particularidades dos conflitos.¹¹⁵

¹¹⁴Em estudo mais recente, Louise Mallinder (2011a) discute a alternância na adoção de mecanismos de justiça de transição em situações concretas na Argentina, Bósnia-Herzegovina, África do Sul, Uganda e Uruguai. Afirma a autora o caráter de negociação e renegociação da justiça de transição: “However, as this chapter will argue, closer inspection reveals that transitional states rarely face a binary choice between amnesty and justice, but rather may undergo a continual process of re-negotiation of the balance between impunity and accountability as the transition evolves. Indeed, during political transitions countries rarely follow a linear path towards justice. Instead, the salience of calls for amnesty or trials often wax and wane depending on the changing political circumstances and the relevance of practical concerns such as the passage of time, the degradation of evidence and the mortality of victims, witnesses and perpetrators.” (MALLINDER, 2011a, p. 1-2).

¹¹⁵Essa diversidade com relação à proteção de direitos humanos em contextos particulares de justiça de transição tem sido discutida recentemente por estudiosos de outras áreas, não somente juristas. Como exemplos, ver SHAW, Rosalind; WALDORF, Lars (Eds.). *Localizing transitional justice: interventions and priorities after mass violence*. California: Stanford University, 2010 e HINTON, Alexander Laban (Ed.). *Transitional justice: global mechanisms and local realities after genocide and mass violence*. New Jersey: Rutgers University, 2011. Dentre os textos que incluem a coletânea editada por Rosalind Shaw e Lars Waldorf, chama a atenção o artigo de Fiona C. Ross (2010), o qual tratou do silêncio de mulheres sul-africanas durante as atividades da comissão de verdade daquele país. As mulheres que foram vítimas de estupro por membros da própria família ou da comunidade decidiram não falar sobre os atos de violência sofridos no âmbito do regime de *apartheid*. Negando o status de vítima, as mulheres decidiram falar somente das consequências de tais atos para suas famílias e comunidade, expondo os amplos contornos e complexidades das relações sociais em que viviam. Tais silêncios permitiram compreender o caráter estrutural da violência em relações de parentesco no contexto do *apartheid*. Análise semelhante foi empreendida por Karen Engle (2008) em relação ao estupro de mulheres em situações de conflito. Segunda a autora, compreender o estupro para além de uma destruição total da vítima e da consequente criminalização do estupro pode ser um aspecto positivo para as próprias mulheres que sofreram tal violência: “By showing how different characters and agents in the stories offer possibilities for reimagining the harm of rape, I encourage feminists and humanitarians to question the assumption that women who have been raped in wartime are destroyed. By seeing rape as a fate worse than death, at least in part because of the harm of shame they assume it brings, feminists and humanitarians often exacerbate the very shame they hope to relieve. Particularly when made hypervisible in the context of mass rape, wartime rape risks becoming the exclusive identifying element for women who are members of the group primarily subjected to it.” (ENGLE, 2008, p. 942).

Por fim, vale mencionar que a ausência de julgamentos não implica a ausência total de estratégias para lidar com a violência do regime anterior ou mesmo o total desrespeito aos direitos das vítimas. Como visto ilustrativamente por meio do caso da anistia brasileira, após a edição da lei de 1979, foi reconhecida pelo Estado a condição de desaparecido político e criado um amplo programa de reparações; além disso, uma comissão de verdade foi criada recentemente.

De uma maneira geral, estariam presentes todos os elementos que buscam proteger os direitos das vítimas, da mesma forma como afirmado para julgamentos: a comissão de verdade possibilita construir narrativas a respeito do passado, o reconhecimento de desaparecidos políticos torna responsável o Estado brasileiro pelas violações cometidas anteriormente e o programa de reparações propicia compensação às vítimas de violações.¹¹⁶

Sublinhe-se que programas de reparação e comissões de verdade também foram criados no Chile e no Peru, contextos em que as respectivas legislações de anistia foram adotadas pelos próprios regimes perpetradores de ofensas aos direitos humanos. Logo, considerar essas legislações como processos que buscaram somente a impunidade caracteriza um entendimento parcial dos embates políticos vivenciados nesses países para superar o autoritarismo.

Finalmente, ainda no que tange à consideração dos direitos das vítimas, anistias possibilitam a reintegração à sociedade daqueles que lutaram contra o regime e que foram caracterizados como inimigos políticos das ditaduras, propiciando a restituição de direitos cassados, a volta de exilados e a revisão de condenações e procedimentos administrativos e judiciais de investigação. As vítimas são, assim, fortemente consideradas pelo benefício da anistia.

Portanto, além das virtudes mencionadas nesta seção do texto – sensibilidade para o contexto local, flexibilidade, relacionamento mais abrangente com a verdade, perspectiva mais consciente do discurso de direitos humanos, inclusão da dimensão política –, as anistias também consideram a perspectiva das vítimas, diferentemente do sustentado pela CIDH nos casos analisados no presente estudo.

¹¹⁶Seria possível alegar que o Brasil demorou demais para implementar seu processo de justiça de transição. No entanto, como já afirmado no início do capítulo anterior, esse não seria um processo descomplicado, em que a mera aplicação de mecanismos resolveria todos os problemas do passado. Assim, esperar rapidez de tal processo talvez seja mais uma conclusão apressada a respeito dos contextos de mudança de regime.

4.3 A indeterminação do discurso de direitos humanos

O debate a respeito dos *dark sides* de julgamentos e das virtudes das anistias torna possível articular o argumento sobre a indeterminação do discurso de direitos humanos. Como visto, nenhuma alternativa pode ser vista como adequada *per se*, mas somente contextualmente, sob pena de ser desenvolvido um discurso ideológico a respeito das melhores alternativas para lidar com contextos de transformação política.

Assim, para cada entendimento sobre uma regra jurídica, haveria um entendimento contrário possível ou uma exceção. Para cada princípio, um contraprincípio e para cada política institucional, um política em sentido oposto (KOSKENNIEMI, 2011a, p. 223). Como visto neste capítulo, ante o posicionamento da CIDH favorecendo julgamentos de violações e invalidando anistias, justificado por argumentos jurídicos plausíveis, é possível articular um discurso a respeito das virtudes das anistias e dos problemas dos julgamentos, também com base em argumentos jurídicos plausíveis.

O discurso de direitos humanos permite essa diversidade argumentativa não apenas por uma questão de abertura semântica (KOSKENNIEMI, 2011c, p. 147), mas porque busca construir um espaço normativo de caráter apolítico, o qual seria oponível à atuação política dos Estados como arsenal capaz de proteger os detentores de direitos em relação a arbitrariedades estatais. O problema é que o significado dos direitos humanos, seu alcance e seus limites não estão estabelecidos de forma inequívoca, mas dependem da maneira como são interpretados. Assim, direitos recebem significado na medida em que são relacionados a algum contexto ou propósito (KOSKENNIEMI, 2011d, p. 158).

Os casos discutidos no início deste trabalho podem ilustrar esse ponto. Foi justamente a interpretação da Corte Interamericana que determinou um dever de julgar as violações vivenciadas no decorrer de regimes autoritários latino-americanos. Esse dever não está claramente estabelecido em tratados de direitos humanos, seja em âmbito regional, considerando o sistema interamericano, seja em âmbito global, considerando o sistema de proteção a esses direitos promovido pelas Nações Unidas.

Afirmar a indeterminação do discurso de direitos humanos não equivale a dizer que qualquer solução pode ser aceita, como se estivéssemos diante de práticas aleatórias ou

lotéricas. O que se busca argumentar nesta sede é que a adequação das alternativas hábeis para possibilitar processos pacíficos de mudança de regime não pode ser pensada por meio de critérios objetivos ou externos à prática. A utilidade de alternativas jurídicas só pode ser discutida levando em conta as escolhas políticas e morais empreendidas em cada uma das situações específicas de justiça de transição.¹¹⁷

Considerando o argumento da indeterminação, faz-se necessário compreender o que está em jogo em cada uma das alternativas que buscam articular a proteção de direitos humanos em contextos concretos de violações. Tais alternativas, como julgamentos e anistias, são equivalentes em princípio, isto é, as duas podem ser consideradas mecanismos importantes para propiciar uma mudança de regime pacífica. Uma escolha em favor de julgamentos ou em favor das anistias poderá ser feita de forma mais consistente se houver clareza a respeito das contingências do caso concreto e das limitações de um e outro mecanismo para lidar com ele. Como já afirmado, sempre haverá *dark sides*, problemas que não poderão ser resolvidos seja pela adoção de anistias, seja pela realização de julgamentos.

Este capítulo pretendeu apresentar as limitações relacionadas a julgamentos e os aspectos positivos das anistias, adicionando novos elementos à argumentação da CIDH, que estabelece uma preferência fixa por julgamentos. A iluminação desses novos elementos possui como objetivo fomentar novas discussões a respeito dos processos de transição política latino-americanos e a respeito da atuação da Corte Interamericana, buscando evitar conclusões apressadas sobre um ou outro mecanismo de justiça transicional.

Logo, afirmar a indeterminação do discurso de direitos humanos não corresponde à impossibilidade de decidir pela melhor maneira de realizar processos de mudança de regime, como uma atitude engessada em face das variadas possibilidades argumentativas proporcionadas por esse discurso. Decisões podem ser tomadas, e de fato o são, como ilustram os contextos fáticos referidos neste trabalho relacionados à África do Sul, ao Brasil, ao Chile, à Espanha, à França, ao Peru, ao Uruguai, dentre vários outros contextos que poderiam ser mencionados neste estudo.

O ponto fundamental a ser sublinhado é que tais decisões são motivadas por escolhas políticas, não se constituindo em manifestações neutras. O argumento da indeterminação permite compreender que as decisões são oriundas não de uma consciência jurídica universal,

¹¹⁷“Rights do not exist as such – ‘fact-like’ – outside the structures of political deliberation. They are not a limit, but an effect of politics.” (KOSKENNIEMI, 2011d, p. 160).

como alegou o juiz Trindade em seus votos, mas de pessoas e instituições reais. Assumir que existem possibilidades alternativas e que a escolha está disponível para todas as pessoas envolvidas na prática argumentativa de direito internacional traz uma dimensão de responsabilidade para estas (KENNEDY, 2004, p. xxiv-xxvi). Embates políticos estão relacionados ao direito internacional e ao direito internacional dos direitos humanos, sendo necessário reconhecer os pressupostos de uma ação política que se apresenta por meio de argumentos jurídicos razoáveis e plausíveis.

5 CONCLUSÕES

O presente estudo teve como objetivo discutir o posicionamento específico da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente à incompatibilidade entre as anistias latino-americanas e os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Buscou-se chamar a atenção para as escolhas políticas relacionadas à argumentação da CIDH sobre a melhor maneira de lidar com contextos de violação e mudança de regime, afirmando não existirem manifestações neutras. No entanto, tais escolhas não foram expressamente declaradas pela corte, mas revestidas de um discurso universalista que trata os casos concretos enquanto violações de regras imperativas de direito internacional. Assim, seriam regras internacionais cogentes que determinariam um dever de julgamento, e não a atividade interpretativa da CIDH.

Entretanto, como discutido anteriormente, a existência de regras de *jus cogens* e de valores objetivamente superiores em direito internacional são questões controversas, o que permite desconfiar da posição naturalmente superior que a corte atribui a si mesma ante leis de anistia nacionais. Afinal, na medida em que julgamentos são apontados como as alternativas mais adequadas *per se*, cortes passam a ser a instituição mais importante nesse discurso de proteção aos direitos humanos.

Parece inevitável reconhecer que a CIDH desenvolve tal posicionamento em benefício próprio, buscando garantir uma influência determinante na América Latina. Assim, sem uma análise mais aprofundada das contingências políticas dos casos concretos, foi afirmada a incompatibilidade das anistias locais com a convenção e a insuficiência dos processos de justiça de transição em países latino-americanos. Mesmo com a atuação de comissões de verdade, com a criação de programas de reparação às vítimas e com a afirmação de formas alternativas de responsabilização estatal, todas medidas que têm como objetivo concretizar os direitos das vítimas, a ausência de julgamentos foi considerada a razão preponderante para que Brasil, Chile, Peru e Uruguai fossem responsabilizados pela corte por violações à Convenção Americana.

Esse discurso reduz a complexidade dos processos de justiça de transição ao excluir a sua dimensão política. Assim, direitos humanos não estão em um ambiente neutro, para além da política, mas constituem-se em discurso que articula preferências a respeito da distribuição

de bens materiais e espirituais no mundo, a respeito de certas ideias de bem comum. E essas preferências são articuladas por meio de argumentos jurídicos plausíveis, em virtude da indeterminação do discurso de direitos humanos.

Nesse sentido, a adoção de anistias ou a realização de julgamentos deve ser vista não somente como aplicação de uma regra ou de uma interpretação que possa corrigir determinada falha de direito internacional. Tais opções se relacionam, em contextos concretos, a escolhas políticas, de forma que qualquer análise que busque desconsiderar a dimensão contextual corre o risco de se tornar ideológica, cujo sentido já foi explicitado anteriormente.¹¹⁸

Os aspectos positivos e negativos de anistias e julgamentos, seus *dark sides* e virtudes, foram discutidos neste trabalho justamente para ilustrar que tais alternativas de justiça de transição devem ser vistas como mecanismos que estão, inicialmente, em um mesmo patamar para lidar com situações de mudança de regime e de violações de direitos humanos. Em certos casos, julgamentos podem ser a saída mais útil para propiciar uma transição justa e pacífica; em outros, anistias podem ser a solução mais adequada para auxiliar na concretização desses objetivos.

O que foi qualificado pela corte como falhas do mecanismo de anistia pode ser visto como pontos positivos se consideradas outras justificativas normativas, como a reconciliação e a pacificação nacional. Da mesma forma, os aspectos do mecanismo de julgamento afirmados como virtuosos podem ser tidos como problemáticos em relação àquilo que não foi contemplado por essa opção, ou seja, se visto de uma perspectiva que considere, para além das violações de regras de *jus cogens*, as limitações políticas relacionadas a um contexto de mudança de regime. E o movimento inverso pode ser realizado, como tem feito a corte em suas decisões sobre anistias latino-americanas. Todas as possibilidades podem ser apresentadas por meio de argumentos jurídicos em conformidade com a perspectiva de direitos humanos, sem que exista a possibilidade de estabelecer preferências fixas favorecendo a adoção de um ou outro mecanismo, a não ser contextualmente.

Como já afirmado, para cada interpretação possível, haveria uma contrainterpretação, para cada regra, uma exceção, para cada princípio, um contraprincípio. Afirmar que uma certa alternativa jurídica é melhor *per se*, como faz a corte em relação aos julgamentos, tem como

¹¹⁸ Cf. *supra* nota 9.

consequência não levar em consideração os respectivos *dark sides*. O problema é que a corte apresenta suas decisões não como fruto de escolhas, mas como manifestação de uma dimensão universal que estaria ao alcance somente da CIDH. Enquanto posicionamento naturalmente superior, a corte leva a crer que não haveria pontos cegos em seu posicionamento, que o órgão seria capaz de resolver definitivamente os problemas da América Latina no que tange à justiça de transição. Neste trabalho, a discussão a respeito das justificativas normativas das anistias teve como objetivo ilustrar outras importantes questões que estão relacionadas aos processos de transição política.

A argumentação da CIDH favorecendo julgamentos não constitui, assim, uma aplicação de regras objetivas de direito internacional ou uma *authoritative interpretation*, mas o resultado de uma escolha política que busca privilegiar a atuação de cortes.

Criticar a posição hegemônica e ideológica da corte nos casos analisados e debatidos nesta sede não possui como objetivo desconsiderar a importância da atuação de cortes internacionais de direitos humanos ou mesmo a relevância do discurso relacionado a esses direitos. Não há como negar que a decisão no caso *Gomes Lund* tem gerado interessantes debates a respeito do processo de transição democrática no Brasil. Ademais, na medida em que o discurso de direitos humanos articula ideias políticas relacionadas ao bem comum, é possível afirmar o seu caráter emancipatório, possibilitando debates e a possível formação de novos consensos políticos (BELL, 2009, p. 25; KOSKENNIEMI, 2011d, p. 161). Sem que seja necessário utilizar violência, traduzir pleitos para a linguagem de direitos permite que embates políticos se manifestem de forma mais pacífica, com base em regras estabelecidas coletivamente.

Logo, questionar a argumentação da corte não equivale a dizer que não é possível rever decisões políticas do passado, tomadas em âmbito local, por força da atuação de instituições internacionais. Este trabalho não buscou defender a posição de que toda e qualquer influência do direito internacional no direito interno deve ser afastada. No entanto, também não é possível afirmar que o mero fato de se constituir em corte de direitos humanos pressupõe que seja possível aceitar as manifestações da CIDH de maneira acrítica.

Nesse passo, parece ser acertado o argumento exposto pelo STF (BRASIL, 2010) na decisão que julgou a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental mencionada anteriormente: uma decisão que busque rever um ato passado tão importante quanto a concessão de anistia em um contexto de transição política deve envolver não apenas

manifestações do poder judiciário nacional e de cortes internacionais, mas uma discussão ampla na sociedade a respeito do que está em jogo em uma tal revisão. O debate político faz-se necessário para que decisões consistentes possam ser tomadas.

A Corte Interamericana, ao determinar de forma absolutista a realização de julgamentos e a incompatibilidade das anistias latino-americanas com a convenção, impede que os próprios interessados (no caso deste trabalho, as populações brasileira, chilena, peruana e uruguaia) busquem reavaliar contextos políticos do passado de maneira responsável, assumindo as próprias escolhas no que tange aos variados contextos de mudança de regime na região. Uma instituição que impõe soluções, sem considerar o que foi discutido no âmbito local, atua de forma problemática, por mais que se constitua em uma corte internacional de direitos humanos. Não há razões na prática argumentativa do direito internacional que justifiquem aceitar uma superioridade natural da CIDH diante dos Estados-partes.

A atuação da corte nos casos debatidos neste trabalho parece ser facilitada pela posição distante que ela ocupa em relação às negociações e respectivas barganhas políticas dos processos latino-americanos de mudança de regime. Somente uma posição externa a esses processos pode ensejar manifestações tão unilaterais favorecendo julgamentos. Na medida em que a CIDH não precisa enfrentar os diversos interesses dos grupos que negociam uma possível transição pacífica, resta possível tratar dos casos de forma apolítica, como se a única questão a ser tratada fosse a caracterização das anistias como violações a regras internacionais de *jus cogens*.

No entanto, esse enquadramento dos casos constitui leitura parcial dos processos de transição política latino-americanos. E, como tal, é possível questionar se a abordagem universalista da CIDH seria capaz de “consertar” uma situação complexa de transformação política. Afinal, na medida em que anistias passam a ser vistas como ilícitos internacionais, seria necessário adequar o direito interno dos Estados-partes aos padrões supostamente superiores do sistema interamericano.

Para além da discussão relacionada aos “párias do direito internacional”, inclusive no que se refere à possibilidade de qualificar países com uma etiqueta tão determinista, a abordagem universalista da CIDH não consegue contemplar adequadamente todas as questões relacionadas aos casos que lhe foram submetidos para análise. Isso não equivale a dizer que

anistias podem dar conta dessa complexidade – esse mecanismo possui seus respectivos pontos cegos, como explicitado pela própria CIDH.

O problema é que a argumentação da corte leva à conclusão de que a responsabilização do Brasil, do Chile, do Peru e do Uruguai seria suficiente para “resolver” os problemas internos relacionados aos contextos de mudança de regime. Aqui, a promessa da corte parece ser muito mais ambiciosa a respeito daquilo que efetivamente pode ser obtido em relação aos casos concretos latino-americanos. Assim, para usar uma expressão de David Kennedy (2004, p. 21), trata-se de prometer mais do que pode ser cumprido.

Primeiramente, a implementação da decisão está nas mãos dos Estados, de forma que não se trata de possibilidade remota o não cumprimento da determinação da corte pela realização de julgamentos se o Estado-parte chegar à conclusão de que essa decisão não dialoga com sua perspectiva interna. Em segundo lugar, e de forma mais importante, considerando transição política enquanto processo complexo, não seria possível, de uma perspectiva que se coloca alheia à prática, falar em “consertar erros”. O discurso do combate à impunidade pode ser repetido à exaustão: se as particularidades do caso concreto assim o exigirem, julgamentos serão afastados para possibilitar reconciliação, pacificação interna, transição democrática, dentre outras justificativas normativas relevantes. A adoção constante de anistias nas últimas décadas parece ilustrar esse ponto.

O risco aqui é justamente a articulação de um discurso, pela CIDH, que não encontre ressonância na América Latina, colocando em risco toda a possibilidade transformadora do sistema interamericano.¹¹⁹

Sem qualquer pretensão de oferecer diretrizes práticas para a atuação da corte, de uma maneira geral, a CIDH poderia atuar buscando um diálogo com a região e com as particularidades de cada país, assumindo suas posições de forma expressa. Assim, sem a intenção de dar a palavra final no que tange aos processos de transição política na região, a CIDH poderia contribuir para o debate público local oferecendo perspectivas diversas. É claro que tal atitude diminuiria substancialmente o poder da instituição na região em um primeiro momento, mas a corte poderia ter ganhos em médio e longo prazo, com um incremento do apoio dos Estados latino-americanos ao sistema interamericano.

¹¹⁹Um debate a respeito do consenso regional em face da atuação da CIDH é apresentado por NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.

Independentemente de qualquer sugestão de atuação para a corte, a análise empreendida neste trabalho buscou colocar luz na problemática de decisões que são parciais, mas que se definem como manifestações de caráter universal. Sem assumir as respectivas escolhas, a CIDH promete resolver todos os problemas relacionados a contextos de justiça de transição, sem considerar que em alguns casos não há certeza sobre a possibilidade de resolução via julgamentos, iludindo sua audiência a respeito dos pontos cegos de sua escolha e das virtudes de outras alternativas disponíveis.

Para além de uma mera desconstrução de um discurso de direitos humanos, este estudo teve como objetivo ressaltar a dimensão política que resta obscurecida pela corte ao desenvolver sua abordagem universalista. Considerar o que está em jogo na adoção de anistias ou na realização de julgamentos contribui para decisões mais consistentes em favor de uma ou de outra alternativa, tornando possível assumir a responsabilidade pelas escolhas efetuadas em um contexto repleto de controvérsias sobre a maneira adequada de concretizar uma transição política pacífica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Paloma. A lei espanhola de anistia de 1977 em perspectiva comparada: de uma lei pela democracia a uma lei pela impunidade. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 397-426.

_____. Justice, politics and memory in the Spanish transition. In: BRITO, Alexandra Barahona de; ENRÍQUEZ, Carmen González; AGUILAR, Paloma (Eds.). **The politics of memory: transitional justice in democratizing societies**. Oxford: Oxford University, 2001. p. 92-118. (Oxford Studies in Democratization).

ARTHUR, Page. How “transitions” reshaped human rights: a conceptual history of transitional justice. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 31, n. 2, p. 321-367, 2009.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Anistia e reconhecimento: o processo de (des)integração social da transição política brasileira In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 253-277.

BASCH, Fernando Felipe. The doctrine of the Inter-American Court of Human Rights regarding States’ duty to punish human rights violations and its dangers. **American University International Law Review**, Washington, v. 23, n. 1, p. 195-229, 2007.

BELL, Christine. Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the ‘field’ or ‘non-field’, **The International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 3, n. 1, p. 5-27, 2009.

BINDER, Christina. ¿Hacia una corte constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. v. 2. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

BRASIL. **Lei n. 12.527/11**, de 18 de novembro de 2011a. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm>. Acesso em: 2 dez. 2011.

_____. **Lei n. 12.528/11**, de 18 de novembro de 2011b. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em: 2 dez. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 153**, rel. Min. Eros Grau, Brasília, 24 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Lei n. 10.559/02**, de 13 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Lei n. 9.140/95**, de 4 de dezembro de 1995a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140compilada.htm>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. Country study. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes**. Washington: United States Institute of Peace, 1995b. v. 2. p. 431-452.

_____. **Lei n. 6.683/79**, de 28 de agosto de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 14 nov. 2011.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. “War” in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 33, n. 1, p. 148-174, 2011.

CAROTHERS, Thomas. The end of the transition paradigm. **Journal of Democracy**, Washington, v. 13. n. 1, p. 5-21, 2002.

CHILE. Country study. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes**. Washington: United States Institute of Peace, 1995. v. 2. p. 453-509.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados** (1969). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1435 p. (Saraiva de Legislação).

_____. **Report of the study group on fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law** (2006). Finalizado por Martti Koskeniemi. Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007. 306 p. (The Erik Castrén Institute Research Reports, 21/2007).

CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE GENEBRA DE 1974-1977. **Protocolo adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949**, relacionado à proteção das vítimas de conflitos armados de caráter não internacional. Protocolo II. 1977. 8 jun. 1977. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

CONFERÊNCIA DIPLOMÁTICA DE GENEBRA DE 1949. **Convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos e doentes das forças armadas em campanha**. Convenção I. 1949a. 12 ago. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. **Convenção de Genebra para melhorar a situação dos feridos, doentes e náufragos das forças armadas no mar**. Convenção II. 1949b. 12 ago. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. **Convenção de Genebra relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra**. Convenção III. 1949c. 12 ago. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

_____. **Convenção de Genebra relativa à proteção das pessoas civis em tempo de guerra**. Convenção IV. 1949d. 12 ago. 1949. Disponível em: <<http://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp>>. Acesso em: 13 nov. 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Broniowski v Poland**. Mérito. 22 jun. 2004. Application n. 31.433/96. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Broniowski&sessionid=73119780&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

_____. **Caso Broniowski v Poland.** Admissibilidade. 19 dez. 2002, Application n. 31.433/96. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=Broniowski&sessionid=73119780&skin=hudoc-en>>. Acesso em: 4 jul. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman Vs. Uruguai.** Mérito e reparações. 24 fev. 2011. Série C No. 221. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Gomes Lund et al. (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 24 nov. 2010. Série C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso La Cantuta Vs. Peru.** Interpretação da decisão de mérito, reparações e custas. 30 nov. 2007. Série C No. 173. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Almonacid-Arellano et al. Vs. Chile.** Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 26 set. 2006a. Série C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso La Cantuta Vs. Peru.** Mérito, reparações e custas. 29 nov. 2006b. Série C No. 162. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Goiburú et al. Vs. Paraguai.** Mérito, reparações e custas. 22 set. 2006c. Série C No. 153. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** Mérito. 14 mar. 2001a. Série C No. 75. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** Interpretação da sentença de mérito. 3 set. 2001b. Série C No. 83. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Peru.** Reparções e custas. 30 nov. 2001c. Série C No. 87. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Reparções e custas. 22 jan. 1999a. Série C No. 48. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Interpretação da decisão de reparações e custas. 1 out. 1999b. Série C No. 57. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Loayza-Tamayo Vs. Peru**. Interpretação da decisão de reparações e custas. 3 jun. 1999c. Série C No. 53. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Mérito. 24 jan. 1998a. Série C No. 36. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Castillo-Páez Vs. Peru**. Reparções e custas. 27 nov. 1998b. Série C No. 43. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Loayza-Tamayo Vs. Peru**. Reparções e custas. 27 nov. 1998c. Série C No. 42. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Loayza-Tamayo Vs. Peru**. Interpretação da decisão de mérito. 8 mar. 1998d. Série C No. 47. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso El Amparo Vs. Venezuela**. Interpretação da decisão de reparações e custas. 16 abr. 1997a. Série C No. 46. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Caballero-Delgado e Santana Vs. Colombia**. Reparções e custas. 29 jan. 1997b. Série C No. 31. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Genie-Lacayo Vs. Nicaragua**. Mérito, reparações e custas. 29 jan. 1997c. Série C No. 30. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Genie-Lacayo Vs. Nicaragua**. Pedido de revisão judicial da decisão de mérito, reparações e custas. 13 set. 1997d. Série C No. 45. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Castillo-Páez Vs. Peru**. Mérito. 3 nov. 1997e. Série C No. 34. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Loayza-Tamayo Vs. Peru**. Mérito. 17 set. 1997f. Série C No. 33. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso El Amparo Vs. Venezuela**. Reparções e custas, 14 set. 1996a. Série C No. 28. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Exceções preliminares. 2 jul. 1996b. Série C No. 27. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Castillo-Páez Vs. Peru**. Exceções preliminares. 30 jan. 1996c. Série C No. 24. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Loayza-Tamayo Vs. Peru**. Exceções preliminares. 31 jan. 1996d. Série C No. 25. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso El Amparo Vs. Venezuela**. Mérito. 18 jan. 1995a. Série C No. 19. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Caballero-Delgado e Santana Vs. Colombia**. Mérito. 8 dec. 1995b. Série C No. 22. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Genie-Lacayo Vs. Nicaragua**. Exceções preliminares. 27 jan. 1995c. Série C No. 21. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Opinião Consultiva OC- 14/94**. Responsabilidade internacional pela promulgação e execução de leis contrárias à Convenção. 9 dez. 1994a. Série A No. 14. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Caballero-Delgado e Santana Vs. Colombia**. Exceções preliminares. 21 jan. 1994b. Série C No. 17. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras**. Interpretação da decisão de reparações e custas. 17 ago. 1990. Série C No. 9. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras**. Reparções e custas. 21 jul. 1989. Série C No. 7. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras**. Mérito. 29 jul. 1988. Série C No. 4. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

_____. **Caso Velásquez-Rodríguez Vs. Honduras**. Exceções preliminares. 26 jun. 1987. Série C No. 1. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 29 jun. 2011.

ENGLE, Karen L. Judging sex in war. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 106, n. 6, p. 941-962, 2008.

FRANCE. Country Study. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice**: how emerging democracies reckon with former regimes. Washington: United States Institute of Peace, 1995, v. 2, p. 71-126.

_____. **Loi n° 53-681**, de 6 de agosto de 1953. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&fastReqId=1508091698&idSarde=SARDOBJT000007105148&page=4>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Loi n° 51-18**, de 5 de janeiro de 1951. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&fastReqId=1508091698&idSarde=SARDOBJT000007105148&page=4>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Loi n° 47-1504**, de 16 de agosto de 1947. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichSarde.do?reprise=true&fastReqId=1508091698&idSarde=SARDOBJT000007105148&page=4>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os múltiplos sentidos da anistia. **Revista Anistia, Política e Justiça de Transição**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 272-294, 2009.

HAFNER, Gerhard et al. A response to the American view as presented by Ruth Wedgwood. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 10, n. 1, p. 108-123, 1999.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2007. 345 p.

HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths**: transitional justice and the challenge of truth commissions. 2nd ed. New York: Routledge, 2011. 356 p.

HENNEBEL, Ludovic. La Cour Interamericaine des Droits de l'Homme: entre particularisme et universalisme. In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. **Le particularisme interaméricain des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2009. p. 75-119.

HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. Introduction et Note aux Lecteurs. In: _____. **Le particularisme interaméricain des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2009. p. 3-5.

KENNEDY, David. **The dark sides of virtue**: reassessing international humanitarianism. New Jersey: Princeton University, 2004. 368 p.

KMAK, Magdalena. **The scope and application of the principle of universal jurisdiction**. Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2011. 169 p. (The Erik Castrén Institute Research Reports, 28/2011).

KOSKENNIEMI, Martti. International law and hegemony: a reconfiguration. In: _____. **The politics of international law**. Oxford: Hart, 2011a. p. 219-240.

_____. Preface. In: _____. **The politics of international law**. Oxford: Hart, 2011b. p. v-ix.

_____. The effect of rights on political culture. In: _____. **The politics of international law**. Oxford: Hart, 2011c. p. 133-152.

_____. Human rights, politics and love. In: _____. **The politics of international law**. Oxford: Hart, 2011d. p. 153-167.

_____. Human rights mainstreaming as a strategy for institutional power. **Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development**, Philadelphia, v. 1, n. 1, p. 47-58, 2010.

_____. The politics of international law: 20 years later. **The European Journal of International Law**, Oxford, v. 20, n. 1, p. 7-19, 2009.

_____. Foreword of the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights. In: KUOSMANEN, Taru. **Bringing justice closer**: hybrid courts in post-conflict societies. Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007, p. i-v. (The Erik Castrén Institute Research Reports, 22/2007).

_____. **From apology to utopia**: the structure of international legal argument. Reissue with new epilogue. Cambridge: Cambridge University, 2005. 683 p.

_____. Between impunity and show trials. **Max Planck Yearbook for United Nations Law**, Leiden, v. 6, n. 1, p. 1-36, 2002.

KLABBERS, Jan. Redemption song? Human rights versus community-building in East Timor. **Leiden Journal of International Law**, Leiden, v. 16, n. 2, p. 367-376, 2003.

_____. Commissioning the truth. **Ius Gentium**, Baltimore, v. 8, n. 1, p. 58-73, 2002.

KRITZ, Neil J. The dilemmas of transitional justice. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice**: how emerging democracies reckon with former regimes. Washington: United States Institute of Peace, 1995a. v. 1. p. xix-xxx.

KUOSMANEN, Taru. **Bringing justice closer**: hybrid courts in post-conflict societies. Helsinki: The Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights, 2007. 148 p. (The Erik Castrén Institute Research Reports, 22/2007).

LEEBAW, Bronwyn Anne. The irreconcilable goals of transitional justice. **Human Rights Quarterly**, Baltimore, v. 33, n 1, p. 95-118, 2008.

LOVEMAN, Brian. "Protected democracies" and military guardianship: political transitions in Latin America 1978-1993. **Journal of Interamerican Studies and World Affairs**, Coral Gables, v. 36, n. 2, p. 105-189, 1994.

LUTZ, Ellen; SIKKINK, Kathryn. The justice cascade: the evolution and impact of foreign human rights trials in Latin America. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 2, n. 1, p. 1-33, 2001.

MAIA, Catherine. *Le jus cogens* dans la jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de L'Homme. In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. **Le particularisme interaméricain des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2009. p. 271-311.

MALLINDER, Louise. Beyond the courts? The complex relationship of trials and amnesties (May 6, 2011). In: SCHABAS, William A. (Ed.). **International criminal law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011a. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1630418>>. Acesso em: 10 nov. 2011. (Transitional Justice Institute Research Paper No. 10-10).

_____. Perspectivas transnacionais sobre anistias. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011b. p. 473-505.

_____. The role of amnesties in conflict transformation (February 1, 2009). In: RYNGAERT, Cedric (Ed.). **The effectiveness of international criminal justice**. Antwerp: Intersentia, 2009. Disponível em: < <http://ssrn.com/abstract=1375048> >. Acesso em: 10 nov. 2011. (Transitional Justice Institute Research).

_____. **Amnesty, human rights and political transitions: bridging the peace and justice divide**. Oxford: Hart Publishing, 2008. 586 p.

_____. Can amnesties and international justice be reconciled? **The International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 208-230, 2007.

MALLINDER, Louise; McEVOY, Kieran. Rethinking amnesties: atrocity, accountability and impunity in post-conflict societies. **Contemporary Social Science**, London, v. 6, n. 1, p. 107-128, 2011.

McEVOY, Kieran. Beyond legalism: towards a thicker understanding of transitional justice. **Journal of Law and Society**, Malden, v. 34, n. 4, p. 411-440, 2007.

MEZAROBBA, Glenda. Entre reparações, meias verdades e impunidade: o difícil rompimento com o legado da ditadura no Brasil. **Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 7 n. 13, p. 7-25, 2010.

_____. **Um acerto de contas com o futuro**: a anistia e suas consequências, um estudo do caso brasileiro. São Paulo: Associação Editorial Humanitas; FAPESP, 2006. 271 p.

MORENO-OCAMPO, Luis. Keynote address: integrating the work of the ICC into local justice initiatives. **American University International Law Review**, Washington, v. 21, n. 4, p. 497-503, 2006.

NEUMAN, Gerald L. Import, export, and regional consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.

NINO, Carlos Santiago. The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 100, n. 8, p. 2619-2640, 1990-1991.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. **Transitional justice in balance**: comparing processes, weighing efficacy. Washington: United States Institute of Peace, 2010. 213 p.

ORENTLICHER, Diane F. 'Settling accounts' revisited: reconciling global norms with local agency. **The International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 1, n. 1, p. 10-22, 2007.

_____. Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 100, n. 8, p. 2537-2615, 1990-1991.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1.435 p. (Saraiva de Legislação).

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General (2011). Document S/2011/634. 12th Oct. 2011. Disponível em: <www.unrol.org/files/S_2011_634EN.pdf>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado** (2006). Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/disappearance-convention.htm>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

_____. **Promotion and protection of human rights**. Impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher. Addendum. Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (2005a). Document E/CN.4/2005/102/Add.1. 8th Feb. 2005. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=10800>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Promotion and protection of human rights**. Impunity. Report of the independent expert to update the Set of principles to combat impunity, Diane Orentlicher (2005b). Document E/CN.4/2005/102. 18th Feb. 2005. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=10880>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Promotion and protection of human rights**. Impunity. Note by the Secretary-General. Independent study on best practices, including recommendations, to assist States in strengthening their domestic capacity to combat all aspects of impunity, by Professor Diane Orentlicher (2004a). Document E/CN.4/2004/88. 27th Feb. 2004. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9200>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies**. Report of the Secretary-General (2004b). Document S/2004/616. 23rd Aug. 2004. Disponível em: <<http://www.un.org/en/ruleoflaw/>>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity** (1997a). Documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, annex II. 2nd Oct. 1997. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28Symbol%29/E.CN.4.sub.2.1997.20.Rev.1.En>>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **The realization of economic, social and cultural rights**. Final report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations (economic, social and cultural rights), prepared by Mr. El Hadji Guissé, Special Rapporteur, pursuant to Sub-Commission resolution 1996/24 (1997b). Document E/CN.4/Sub.2/1997/8. 27th June 1997. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=6980>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. **The administration of justice and the human rights of detainees**. Question of the Human Rights of Persons Subjected to Any Form of Detention or Imprisonment. Study on amnesty laws and their role in the safeguard and promotion of human rights. Preliminary report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur (1985). Document E/CN.4/Sub.2/1985/16/Rev. 1., 21st June 1985. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9200>. Acesso em: 15 out. 2011.

_____. Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1.435 p. (Saraiva de Legislação).

_____. Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1.435 p. (Saraiva de Legislação).

_____. Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1.435 p. (Saraiva de Legislação).

PEDAIN, Antje. Was amnesty a lottery? An empirical study of the decisions of the Truth and Reconciliation Commission's Committee on Amnesty. **The South African Law Journal**, Cape Town, v. 121, n. 4, p. 785-828, 2004.

PINTO, Mónica. **L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2007. 95 p.

ROBINSON, Darryl. Serving the interests of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court. **European Journal of International Law**, Oxford, v. 14, n. 3, p. 481-505, 2003.

RODRIGUES, Georgete Medleg. Arquivos, anistia política e justiça de transição no Brasil: onde os nexos? **Revista Anistia, Política e Justiça de Transição**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 136-151, 2009.

ROSS, Fiona C. An acknowledged failure: women, voice, and the South African Truth and Reconciliation Commission. In: HAW, Rosalind; WALDORF, Lars (Eds.). **Localizing transitional justice: interventions and priorities after mass violence**. California: Stanford University, 2010. p. 71-91.

SARKIN, Jeremy. **Carrots and sticks: the TRC and the South African amnesty process**. Antwerp: Intersentia, 2004. 441 p.

SCHARF, Michael P. The amnesty exception to the jurisdiction of the International Criminal Court. **Cornell International Law Journal**, Ithaca, v. 32, n. 3, p. 507-527, 1999.

SEIBERT-FOHR, Anja. **Prosecuting serious human rights violations**. Oxford: Oxford University, 2009. 350 p.

SIKKINK, Kathryn. A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada**. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 37-74.

SIMIC, Olivera. Bringing "justice" home? Bosnians, war criminals and the interaction between the cosmopolitan and the local. **German Law Journal**, v. 12, n. 7, p. 1387-1407, 2011. Disponível em: <www.germanlawjournal.com>. Acesso em: 15 out. 2011.

SHKLAR, Judith N. **Legalism: law, morals, and political trials**. 2nd ed. Cambridge: Harvard University, 1986. 246 p.

SOUSA, Jessie Jane Vieira de. Anistia no Brasil: um processo político em disputa. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 191-210.

SOUTH AFRICA. **Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995**, de 19 jul. 1995. Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/trc/index.html>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

SPAIN. **Ley nº 52/2007**, de 26 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2007-22296>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. Country study. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice**: how emerging democracies reckon with former regimes. Washington: United States Institute of Peace, 1995. v. 2. p. 297-322.

_____. **Ley nº 46/1977**, de 15 de outubro de 1977. Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/LeyesAprob?_piref73_1335447_73_1335446_1335446.next_page=/wc/busquedasLeyesAprobadas&anoLey=1977&selectLey=tituloListadoLeyes>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Decreto-Ley nº 10/1976**, de 30 de julho de 1976. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1976-14963>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Decreto nº 2940/1975**, de 25 de novembro de 1975. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1975-24188>. Acesso em: 14 nov. 2011.

TEITEL, Ruti G. Editorial note: transitional justice globalized. **The International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 2, n. 1, p. 1-4, 2008.

_____. Transitional justice genealogy. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 16, p. 69-94, 2003.

_____. **Transitional justice**. New York: Oxford University, 2000. 292 p.

THEIDON, Kimberly. Editorial note: whose justice? Global and local approaches to transitional justice. **The International Journal of Transitional Justice**, Oxford, v. 3, n. 3, p. 295-300, 2009.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998 (1998). **Legislação de direito internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 1.435 p. (Saraiva de Legislação).

TRINDADE, Antônio Augusto Cancado. Une ere d'avances jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour Interamericaine des Droits de l'Homme. In: HENNEBEL, Ludovic; TIGROUDJA, Hélène. **Le particularisme interaméricain des droits de l'homme**. Paris: Pedone, 2009. p. 7-73.

URUGUAY. Country study. In: KRITZ, Neil J. (Ed.). **Transitional justice: how emerging democracies reckon with former regimes**. Washington: United States Institute of Peace, 1995. v. 2. p. 383-430.

_____. **Ley nº 15.848**, de 22 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccessoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

_____. **Ley nº 15.737**, de 8 de março de 1985. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccessoTextoLey.asp?Ley=15737&Anchor=>>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

VARAKI, Maria. **International Criminal Court: the “dark sides” of justice**. In: EUROPEAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW RESEARCH FORUM, n. 4, 2011, Tallinn, Estônia. Comunicação disponível em: <<http://www.uttv.ee/naita?id=5454>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

VEÇOSO, Fabia F. Carvalho. **A tutela de direitos fundamentais na União Européia**. 2006. 263 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o direito internacional. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 311-343.

VINJAMURI, Leslie. Anistia, consequencialismo e julgamentos protelados. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia e Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. p. 165-185.