

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO**

**CORTES SUPERIORES DOMÉSTICAS E COMPLACÊNCIA  
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:  
um estudo comparado de casos do Chile, Brasil e Uruguai**

**ANA LUIZA ALMEIDA E SILVA**

**Brasília, Julho de 2015**

**ANA LUIZA ALMEIDA E SILVA**

**CORTES SUPERIORES DOMÉSTICAS E COMPLACÊNCIA  
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO:  
um estudo comparado de casos do Chile, Brasil e Uruguai**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília em “Direito, Estado e Constituição”.

Orientadora: Professora Dra. Eneáde Stutze Almeida

**Brasília, Julho de 2015**

**ANA LUIZA ALMEIDA E SILVA**

**CORTES SUPERIORES DOMÉSTICAS E COMPLACÊNCIA  
INTERNACIONAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: um  
estudo comparado de casos do Chile, Brasil e Uruguai**

Essa dissertação foi julgada adequada para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Estado e Constituição e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em 24 de julho de 2015.

Banca examinadora:

---

Presidente: Professora Doutora Eneá de Stutz e Almeida (UnB)

---

Membro: Professor Doutor José Geraldo de Sousa Júnior (UnB)

---

Membro: Professor Doutor José Carlos Moreira da Silva Filho (PUCRS)

---

Membro: Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins (UnB)

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Brasília pela experiência acadêmica oferecida – posso dizer, sem sombra de dúvidas, que o ambiente acadêmico que encontrei na UnB é único. Professores ilustres, pesquisadores comprometidos, discentes interessados e humildade impressionante.

Não poderia deixar de agradecer à Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito. Pela compreensão, disponibilidade e paciência para lidar com a distância, tempo limitado e alguma burocracia que o meu processo de permanência na UnB demandava.

À Comissão Europeia, pelo suporte financeiro e por ter me oferecido a oportunidade de desfrutar de algumas das mais qualificadas instituições de ensino superior europeias, além de me oferecer uma nova visão dos Direitos Humanos, da Academia e da América Latina.

A NorLARNet - Norwegian Latin America Research Network, da Universidade de Oslo, pela supervisão em alguns dos tópicos tratados neste trabalho, além das contribuições oferecidas em seus seminários.

Não poderia deixar de agradecer à Universidade de Gotemburgo, na Suécia, e à Universidade Roehampton, na Inglaterra, que me acolheram como discente e que, por isso, ambas também têm a sua participação neste trabalho.

À Eneáde Stutz, pela infinita paciência, serenidade e parceria nesta longa caminhada de elaboração deste trabalho. Obrigada pela orientação!

A quem, como sempre, propiciou-me tempo, espaço e condições mentais para investir no conhecimento. Obrigada, pai.

Àquele que, além de me mostrar que a estrada vai além do que se vê, provou-me que o bom desempenho profissional começa com a felicidade no lar. Obrigada, Rogério Dutra dos Santos.

Finalmente,a quem, através de seus livros, nutriu-me com esperança durante os meus seis anos de graduação, para então, no mestrado, ensinar-me que humildade é a fórmula do sucesso. Obrigada, José Geraldo de Sousa Jr.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
AI	Ato Institucional
CADH	Carta Americana de Direitos Humanos
CNI	Central Nacional de Informações
CNVC	Comisión Nacional de la Verdad de Chile
CNV	Comissão Nacional da Verdade (Brasil)
Comissão IADH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CEDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IADH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CSC	Corte Suprema do Chile
DL	Decreto-lei
DINA	Direção de Inteligência Nacional
EC	Emenda constitucional
IPM	Inquéritos Policiais-militares
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
SCJ	Suprema Corte de Justiça (Uruguai)
STF	Supremo Tribunal Federal (Brasil)

## RESUMO

A influência do Direito Internacional sobre os ordenamentos jurídicos modernos, nos últimos vinte anos, assumiu preponderância singular através de decisões de Cortes Internacionais. Na América Latina, os movimentos de transição democrática pós regimes militares, nos anos oitenta e noventa, foram seguidos por políticas de ocultamento sobre o mando da legalidade doméstica. A ascensão da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos 2000, no entanto, reestabeleceu novos parâmetros de aplicabilidade do Direito e assimilação da normatividade internacional. Nesse sentido, Chile, Brasil e Uruguai representam, no cerne desse processo, agendas distintas no que se refere ao cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito da justiça de transição. Neste estudo, serão analisadas a compatibilidade de decisões de Cortes Nacionais com as diretrizes e recomendações da Comissão Interamericana. Destaca-se a relevância desse estudo em relação à compreensão do processo recíproco de internacionalização do Direito Constitucional e constitucionalização do Direito Internacional que, ao final, resultarão em escolhas políticas e planificação de valores.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direito Constitucional; cortes supremas; justiça de transição.

## ABSTRACT

The influence of modern international law over domestic legal orders, in the last twenty years, played an important role over international courts' decisions. In Latin America, democratic transitions after military regimes, in the eighties and nineties, were followed by concealment policies supported by domestic legality. The rise of the Inter-American Court of Human Rights in the 2000s, set new parameters for the applicability of international law and assimilation of international norms. Thus, Chile, Brazil and Uruguay play a central role in this process, with distinct agendas with regards to compliance with the Inter-American Court of Human Rights' decisions. Therefore, in the context of transitional justice, this study will verify the compatibility of national courts' decisions with the guidelines and recommendations of the Inter-American Court of Human Rights. This study is relevant with regards to the relation between the internationalization of constitutional law and constitutionalization of international law that will result in political choices and planning values.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights; constitutional law; supreme courts; transitional justice.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
1 A INTERNACIONALIZACAO DO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	17
1.1 A ascensão das cortes internacionais no pós-Guerra Fria.....	17
1.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estrutura, evolução e jurisdição..	24
1.3 Para além da contraposição monismo Vs. dualismo: o pluralismo jurídico internacional como novo paradigma constitucional.....	33
2 A CONSTITUCIONALIZACAO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	40
2.1 Chile.....	41
2.1.1 Chile e a Reforma Constitucional promovida pela Lei No. 20.050 de 2005.....	41
2.1.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006) .....	46
2.2 Brasil.....	48
2.2.1 Brasil e a Emenda Constitucional No. 45 de 2004 .....	48
2.2.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010).....	50
2.3 Uruguai.....	53
2.3.1 O conflito entre a soberania popular e os Direitos Humanos no Uruguai.....	53
2.3.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gelman vs. Uruguai (2011).....	56
3 A ATUAÇÃO DASCORTES SUPREMAS NAS DITADURAS E DEMOCRACIAS LATINO-AMERICANAS .....	59
3.1 Chile.....	64
3.1.1 A Corte Suprema do Chile durante o regime militar.....	64
3.1.2 A Corte Suprema do Chile no Caso Miguel Ángel Sandoval (2004).....	68
3.2Brasil .....	73
3.2.1 O Supremo Tribunal Federal durante o regime militar.....	73
3.2.2 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 153 (2010) .....	76
3.3 Uruguai .....	82

3.3.1 <i>A Suprema Corte de Justiça durante o regime militar</i> .....	82
3.3.2 <i>A Suprema Corte de Justiça e a exceção de constitucionalidade decorrente do Caso Sabalsagaray Curutchet (2009)</i> .....	84
3.4 <b>Tipologia transicional: os efeitos legais de escolhas políticas passadas</b> .....	89
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	96
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	99

## INTRODUÇÃO

A década de oitenta é notoriamente tida como um marco histórico universal. Em âmbito mundial, o fim da Guerra Fria representou a reestruturação da ordem econômica e a consequente estruturação de novas alianças políticas. Como consequência, os tratados e organizações internacionais sofreram um aumento expressivo em termos de elaboração normativa e intensificação de sua execução. Em âmbito doméstico, diversos regimes autoritários – especialmente na América Latina - foram acometidos pelo enfraquecimento político e financeiro de seus Estados fomentadores, paralelamente ao fortalecimento da mobilização da sociedade civil, que clamava por novas agendas democráticas. Assim, a década de oitenta trouxe consigo a promulgação de novos textos constitucionais que ratificaram esse processo de abertura política e de incorporação de diretrizes internacionais.

Em um embate entre os poderes eleitos (Executivo e Legislativo) e o Judiciário, este último ganhou espaço nas últimas décadas em âmbitos nacional e internacional, acentuando os processos de judicialização da política (ROMANO, 2011, p. 275). Assim, neste mesmo período, o protagonismo do Poder Judiciário também sofreu alterações, sobretudo nas novas democracias constitucionais sul-americanas. Destarte, no âmbito dessas novas agendas democráticas, surge a concorrência de um aparato normativo garantista transnacional com ordenamentos jurídicos internos. No que tange à jurisdição constitucional especificamente, sobrevêm conflitos a partir dessa nova arquitetura institucional, que contrapõe decisões judiciais sob a égide da harmonia e segurança jurídica, bem como diretrizes de organismos internacionais, cujo fundamento máximo recai sobre a proteção do indivíduo.

A reunião desses dois processos paralelos resultou no robustecimento dos processos de internacionalização da proteção dos direitos humanos na América Latina, cuja proposta recaía sobre a adoção da democracia representativa como antídoto às práticas ditatoriais precedentes, a denúncia de abusos ocorridos durante os regimes autoritários, e, em última análise, a emancipação do indivíduo como sujeito de Direito Internacional.

Investigar os processos de transição democrática, embora não necessariamente coincida, implica em apreciar os processos de justiça de transição. Nesse sentido, justiça de transição poderá ser compreendida como medidas, de abrangência doméstica ou internacional, destinadas ao conhecimento de fatos relacionados às violações de direitos humanos,

responsabilização penal de seus agentes, reparação das vítimas, construção da memória histórica, bem como reforma das instituições (PIOVESAN, 2012).

Na América Latina, esse movimento foi profundamente influenciado pela internacionalização dos direitos humanos, que teve como marco institucional a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em 1969, formalizada pelo Pacto de São José, Costa Rica. Nesse novo cenário, plasmado na proteção do indivíduo, exemplos de conflitos políticos derivados dessa nova moldura normativa tornaram-se recorrentes.

Em setembro de 2006, o Chile foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. O caso versava sobre o desaparecimento forçado de Almonacid Arellano no ano de 1973. Muito embora o Estado chileno haja sucedido nas investigações quanto ao caso trazido às cortes domésticas, dada a natureza do caso, a competência foi transferida à Justiça Militar, que suspendeu o caso com base no Decreto-lei No. 2.191, a Lei de Anistia. Nesse sentido, o Estado chileno descumpriu a obrigação de oferecer proteção e garantias judiciais, especialmente em respeito à competência, independência e imparcialidade do juiz natural. O Estado chileno falhou ainda no respeito às liberdades consagradas na Convenção Americana, bem como em adotar, em seu ordenamento doméstico, as disposições do Pacto ratificado, já que manteve vigente uma lei incompatível com a Convenção – a Lei de Anistia.

Em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se acerca do Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Naquela ocasião, o Estado brasileiro foi condenado pela violação sistemática dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e às liberdades pessoais em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos das vítimas em questão - membros do Partido Comunista desaparecidos nos anos 1970, durante o regime ditatorial militar. Ademais, o Estado brasileiro foi considerado violador de seus deveres perante a comunidade internacional e diante do Pacto São José, da Costa Rica.

Finalmente, em fevereiro de 2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao decidir a respeito do Caso *Gelman vs. Uruguai*, pela primeira vez, condenou o Estado uruguaio pelo desaparecimento forçado de Maria Claudia Garcia, bem como pela supressão e substituição da identidade de sua filha. Ademais, segundo a Corte IDH, o Estado uruguaio haveria violado direitos e garantias judiciais pela falta de efetivas investigações, além de descumprir a obrigação de adequar seu ordenamento interno aos termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Dada sua manifesta incompatibilidade entre a

Convenção Americana e as disposições da Lei de Caducidade uruguaia, que impedem a investigação e a sanção de graves violações de direitos humanos, carecem de efeitos jurídicos, e a Corte IDH reconheceu que tal norma segue representando um obstáculo para a investigação de fatos do caso, bem como para a identificação e punição dos responsáveis.

Nos três casos expostos, a condenação pela Corte Interamericana revelou, por um lado, a fragilidade institucional dos Estados em cumprir os preceitos de Direito Internacional aceitos por eles, especialmente no que tange à adaptação da legislação doméstica anterior à ratificação dos tratados e, por outro, o uso indevido da doutrina do controle de convencionalidade utilizada pelas três Cortes Constitucionais em análises de constitucionalidade de suas leis de anistia.

Enquanto o Estado chileno desenvolveu uma jurisprudência errática, que ora negou sua vinculação aos instrumentos internacionais, ora reconheceu os crimes cometidos pelos agentes do Estado chileno, em meados dos anos 2000, a Corte Suprema do Chile iniciou a consolidação de sua jurisprudência, primeiro, ao afastar a aplicação da Lei de Anistia no Caso Miguel Ángel Sandoval (Rol 517-2004) e, posteriormente, no Caso Molco (Rol 559-2004), em que reconheceu a natureza de crimes contra a humanidade ocorridos no período da ditadura militar chilena. Já no Estado brasileiro, na contramão de todas as provisões internacionais, o Supremo Tribunal Federal, Corte máxima da hierarquia judiciária brasileira, inquirido a manifestar-se na argüição de descumprimento de preceito fundamental ADPF No. 153, declarou a validade da Lei de Anistia. Finalmente, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, em 2006, antevendo a consolidação do entendimento da Corte IADH e antecipando-se à condenação pela mesma, declarou a inconstitucionalidade de sua Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, com base em preceitos constitucionais e seus compromissos internacionais sob tratados de Direitos Humanos. No entanto, um referendo popular confirmou o desejo de que a lei seguisse vigente.

A escolha desses três países resulta das confluências quanto à fundação de seus regimes militares em oposição a movimentos políticos de esquerda, seus históricos coloniais, proximidade cultural e política. Por outro lado, no que tange às diretrizes estatais no âmbito da justiça de transição, os três países estabeleceram estratégias e tiveram resoluções diferentes. Enquanto o Chile, diante de uma jurisprudência errática, teve como protagonista o Poder Executivo, que optou pela revogação da Lei de Anistia em resposta ao impasse judicial, o Brasil permanece omissa ao seguir a decisão de sua Suprema Corte, que considerou constitucional sua Lei de Anistia. E, finalmente, o Uruguai enfrenta um embate entre a

decisão judicial - que declara a Lei de Caducidade inconstitucional - a e a escolha popular – por meio de um plebiscito – que implicou na decisão pela manutenção do mecanismo legal que obstrui a punição de perpetradores dos regimes autoritários militares.

O escopo desse trabalho abrange um duplo processo: por um lado, o fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional; e, por outro, a constitucionalização do Direito Internacional. As conseqüências dessa interação entre ordenamentos domésticos e internacionais, bem como a sinergia entre cortes nacionais e internacionais revela uma nova compreensão das normas e interpretação jurídica, além de superar o clássico debate entre monismo e dualismo jurídico, para então oferecer valores e soluções supostamente universais.

Nesse sentido, as seguintes questões serão propostas: (a) Há uma compatibilidade efetiva entre os ordenamentos jurídicos internos desses três países e a jurisdição do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos?;(b) Qual o lugar reservado às jurisdições constitucionais na efetivação da justiça de transição?;(c) De que maneira o fenômeno do ativismo judicial corrobora ou compromete a promoção dos Direitos Humanos quando diante de decisões internacionais?

No primeiro capítulo, se fará um breve exame do desenvolvimento histórico das organizações internacionais e da centralidade que os direitos humanos assumiram em suas agendas internacionais. Ademais, demonstrar-se-á que, no âmbito do desenvolvimento das organizações internacionais, a Organização dos Estados Americanos (OEA), tardiamente, desenvolveu uma agenda voltada aos direitos humanos, que foi primordialmente refreada pelo poderio dos regimes militares latino-americanos nas décadas de setenta e oitenta. Estabelecida a relevância assumida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nas últimas décadas, será abordada a contraposição contemporânea que se estabelece entre monismo e dualismo no regime do Direito Internacional. O que se pretende é a superação do clássico binômio monismo vs. dualismo a partir de novos modelos interpretativos que têm como foco a proteção do indivíduo.

O segundo capítulo examinará reformas constitucionais e manobras legislativas que, nos três Estados em análise, afetaram o método de incorporação de normas internacionais. Nessa análise, as Cortes Constitucionais assumem primazia tanto no processo de controle de constitucionalidade preventivo, como no controle incidental. Verificar-se-á que, no Chile e no Brasil, foram promovidas reformas constitucionais significativas que influenciaram o papel de suas Cortes Supremas e a recepção de diretrizes internacionais, por meio da Lei No. 20.050 de 2005 e da Emenda Constitucional No. 45 de 2004. Já no Uruguai, verificar-se-á um conflito

entre as decisões da Suprema Corte de Justiça, condizente com os preceitos de Direito Internacional, e a decisão da maioria, verificada a partir de duas consultas populares, em 1989 e 2009, respectivamente. O capítulo incluirá ainda uma análise das principais condenações emitidas pela Corte IDH dos Estados chileno, brasileiro e uruguaio. A respeito do Chile, a análise concentrar-se-á no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, de 2006; no Brasil, no Caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, de 2010; e, no Uruguai, no Caso *Gelman vs. Uruguai*, de 2011. Em todos os casos, discutiu-se a incompetência dos Estados em adaptar-se aos preceitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto à proteção dos direitos humanos, adaptação da legislação doméstica aos preceitos internacionais e, sobretudo, a incompatibilidade das leis de anistia com suas obrigações internacionais.

No capítulo três uma consideração histórica do papel do Poder Judiciário durante os períodos ditatoriais será feita a fim de identificar o papel reservado a ele dentro de cada regime de ordem nacional, sendo a sua postura combativa ou omissiva quanto às violações trazidas ao seu conhecimento. Em seguida, no capítulo sete, analisar-se-ão decisões domésticas incidentais e preventivas que indicam as incompatibilidades ou complacência desses Estados com as recomendações feitas pela Corte Interamericana no âmbito do Judiciário. No Chile, há um quadro evolutivo da jurisprudência da Suprema Corte a partir do Caso *Ángel Sandoval*, de 2004, até o Caso *Molco*, em 2006, em que a aplicação da Lei de Anistia foi completamente afastada. No caso brasileiro, analisar-se-á a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, de 2010, em que o STF reconheceu a validade da Lei de Anistia mesmo ante a consolidação da jurisprudência da Corte Interamericana em sentido contrário. Finalmente, na jurisprudência uruguaia, será feita uma apreciação do caso exceção de constitucionalidade decorrente do Caso *Sabalsagaray Curutchet* em que, antes mesmo da condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte uruguaia reafirmou seu posicionamento anterior referente à inconstitucionalidade de sua Lei de Caducidade.

À comparação das jurisprudências domésticas e internacionais, além de ter em consideração a análise primordial do papel do Judiciário no período ditatorial, será traçado um quadro classificativo sobre a influência dos processos de transição para a democracia e o papel que se atribui ao Judiciário, sobretudo no processo de controle de convencionalidade de decisões internacionais. Trata-se de se estabelecer o nexos existente entre a convivência do Judiciário com os regimes repressivos à época e seu atual compromisso com a proteção dos

direitos humanos, em especial, em relação a seu entendimento sobre a legalidade das leis de anistia. Esse nexos será estabelecido a partir do estabelecimento da tipologia transicional no último capítulo.

Importa esclarecer a razão pela escolha do Judiciário como foco desta análise, dado que as medidas tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo também apresentam singular importância. Ocorre que, o Executivo, pela sua centralidade nos processos de negociações internacionais, acaba por realizar ações no âmbito político-diplomático. O Legislativo, por sua vez, refém das escolhas eleitorais e, freqüentemente, ainda influenciado por agentes das ditaduras civil-militares, é movido por escolhas partidárias (e de grupos de interesse), ou omite-se para que não sofra conseqüências eleitorais. Nesse sentido, o Poder Judiciário, pela sua suposta independência e imparcialidade, exerce um papel essencial nas transições para a democracia e na garantia do exercício do Estado de Direito.

Por outro lado, a presente pesquisa restringe-se à apreciação do elemento processamento dos agentes de Estado perpetradores de violações de direitos humanos. Isso porque, uma análise ampla do tema da justiça de transição levaria em conta também aspectos como reparação, memória e verdade e reforma das instituições. Por uma razão de delimitação acadêmica, o objeto desse estudo será restringido à promoção da justiça como processamento judicial, deixando em segundo plano outras agendas e políticas promovidas por esses Estados, como por exemplo no âmbito na reparação em que se destacam agendas bem desenvolvidas sobretudo no Brasil, ou da advocacia transnacional, com destaque para ações no Chile. Embora esses elementos permeiem a análise, ele não constituirá o foco da argumentação aqui desenvolvida.

O presente trabalho pretende confrontar as análises já previamente feitas a respeito do embate convencionalidade *vs.* constitucionalidade para, então, apresentar casos de justiça de transição como uma especificidade no âmbito dos direitos humanos. Trata-se, portanto, de reconhecer os tratados internacionais de direitos humanos como elementos dotados de normatividade intrínseca e confrontá-las à autonomia do Judiciário dos referidos países. Em outras palavras, convém analisar, a partir da consideração da reforma das instituições, a composição e a função exercidas por esses magistrados.

## 1A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL

A compreensão do desenvolvimento histórico das organizações internacionais e, em especial, das cortes internacionais, é fundamental para se entender o atual estágio dos mecanismos de responsabilização estatal, de execução de tais decisões, bem como a assimilação pelos Estados Nacionais de tais procedimentos. É inegável a existência de elementos políticos que comprometem a efetividade da proteção aos direitos humanos, mas, hodiernamente, as cortes internacionais, ainda que sem mecanismos sancionadores, têm apresentado mais independência quanto às ordens políticas nacionais.

Nesse trabalho, portanto, buscar-se-á apresentar dados institucionais e eventos históricos que demonstrem não apenas a transformação da Corte Interamericana sob a inspiração da Corte Européia, como também o compromisso dos novos governos democráticos em efetivar as diretrizes internacionais no âmbito dos ordenamentos domésticos, com foco no âmbito jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 1.1 A ascensão das cortes internacionais no pós-guerra fria

Nas últimas três décadas, assistiu-se à crescente preponderância do Direito Internacional face a ordenamentos jurídicos domésticos. A proliferação de tratados universais e regionais e a criação de organizações internacionais superou qualquer outro momento na história universal. Nos últimos trinta anos, o número de organizações intergovernamentais aumentou aproximadamente 49% em âmbito global<sup>1</sup> (UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS, 2012). Atualmente, existem aproximadamente oito mil organizações intergovernamentais em todo o mundo, dentre as quais pelo menos vinte e seis são cortes internacionais permanentes, e mais de cem delas representam sistemas internacionais de caráter *quasi-legal* e *ad hoc* (ROMANO, 2011). O expressivo aumento no número de juízos internacionais, portanto, encontra suas raízes tanto em eventos históricos como em conjunturas políticas.

---

<sup>1</sup> Dados de 1983 a 2012.

A partir de levantamento numérico a respeito da proliferação de cortes e tribunais internacionais<sup>2</sup>, Alter (2013) enumera três eventos e períodos históricos que haveriam propiciado o desenvolvimento de diferentes cortes internacionais. Na visão da autora, o fim da II Guerra Mundial, em meados da década de quarenta; o fim da Guerra Fria, nos anos oitenta; e, finalmente, a queda do Muro de Berlim, que teve repercussões sobre a década de noventa, estariam acompanhados de marcos institucionais em escalas global e regional que influenciariam a sobrevivência de novas organizações com caráter judicial.

O pós-guerra, no argumento da autora, teria sido marcado por uma profunda frustração ante as cortes internacionais em âmbito universal. A criação da Corte Permanente de Justiça, em 1922, e sua superveniente dissolução, em 1940, bem como a Corte Permanente de Arbitragem, estabelecida em 1899, constituíram a materialização dos princípios estabelecidos pelas Conferências de Paz de Haia (1899-1907) no que concerne às organizações internacionais: o caráter privatista desses órgãos, tendo em vista a sua jurisdição facultativa, bem como a natureza contratual de seus tratados constitutivos (ALTER, 2011, p. 9-10).

No que tange ao período do pós-guerra, há que se ressaltar a importância dos Tribunais de Nuremberg (1945) e Tóquio (1946). No entanto, embora no âmbito da justiça de transição eles sejam citados como experiências bem sucedidas no que tange à apuração das atrocidades cometidas durante a segunda Guerra Mundial, no âmbito do Direito Internacional, há controvérsias sobre a natureza de tais tribunais. As experiências de Nuremberg e Tóquio suscitam questionamentos a respeito da legitimidade de tribunais *ad hoc*, bem como a aplicabilidade de princípios relativos a legalidade, presunção de inocência e devido processo legal.

Ambos os tribunais tiveram suas origens delineadas a partir da declaração de Moscou, de 1943, na qual as nações vitoriosas – Estados Unidos, Reino Unido, Rússia e China - “... declararam que, entre outras medidas, não haveria prejuízo dos casos de criminosos alemães cujos crimes não tinham uma localização geográfica específica, os quais seriam punidos pela decisão conjunta do governo dos Aliados” (tradução nossa).<sup>3</sup> Posteriormente, o Acordo de

---

<sup>2</sup>Um comentário prévio deve ser feito a respeito da nomenclatura a ser utilizada no presente trabalho. Embora o preciosismo acadêmico no âmbito do Direito Internacional indique a necessidade de distinção entre os termos “corte” e “tribunal” – sendo o primeiro referente a foros judiciais internacionais permanentes, e o segundo relacionado a estruturas *ad hoc*, no presente trabalho, os termos “tribunal” e “corte” serão empregados indiscriminadamente. Eventuais distinções serão empregadas convenientemente ao longo dessa pesquisa, se necessárias. Para saber mais sobre tal distinção, ver Romano (2011).

<sup>3</sup>Moscow Conference, 1943. Disponível em: <http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html>. [Acesso em 21.Ago.2014].

Londres (1945) estabeleceu premissas e limites à jurisdição para o Tribunal de Nuremberg as quais, contemporaneamente, fundamentam as bases do Direito Penal Internacional. A partir desse documento, três categorias de crimes internacionais foram definidas: crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Diferentemente de Nuremberg, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente – o Tribunal de Tóquio - constituiu-se a partir de um decreto individual do Comandante Maior das Forças Aliadas, Coronel MacArthur, e dispensou a aprovação da comunidade internacional. Ademais, a flexibilidade procedimental que se pretendeu aplicar em Tóquio comprometeu profundamente a noção de julgamento justo, especialmente no que tange ao uso de provas (CALVO-GOLLER, 2005, p. 14-16).

Romano (2011), ao estabelecer uma classificação taxionômica das organizações internacionais, estabelece como condição para a classificação como corte ou tribunal internacional, a existência de sete elementos: a) devem ter sido estabelecidos por um instrumento internacional; b) utilizam-se do Direito Internacional como lei aplicável; c) decidem casos a partir de regras procedimentais pré-determinadas; d) são compostos por membros ou juízes independentes; e) apenas lidam com casos nos quais ao menos uma das partes é um Estado ou um ator internacional; f) emitem decisões vinculantes e; g) possuem caráter permanente.

Como se observa a partir dos argumentos apresentados, as experiências de Tribunais Militares pós-guerra não apresentam o desenho institucional de uma organização internacional *stricto sensu*, tampouco oferecem procedimentos comprometidos com o Estado de Direito. No contexto de Tóquio, em que juízes foram nomeados diretamente pelo comandante das Forças Aliadas, o envolvimento pessoal ou político existente entre réus, promotores e julgadores não constituiu qualquer tipo de impedimento.<sup>4</sup> Assim, as ligações políticas geradas pela guerra e que perduraram após seu encerramento, prejudicaram a aplicação dos princípios da imparcialidade e do devido processo legal. Romano estabelece a categoria de “tribunais de ocupações militares” ao se referir às experiências de Nuremberg e Tóquio. Tratam-se, portanto, de órgãos não permanentes, cuja fundação baseia-se no direito

---

<sup>4</sup>**International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE Charter), 1946.** Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>>. [Acesso em 21.Ago.2014].

costumeiro internacional – a saber, Direito Costumeiro de Guerra - e não em tratados internacionais cujo fundamento recai sobre o Estado de Direito (ROMANO, 2011, p. 271).

Na segunda fase estabelecida por Alter (2013), o desenvolvimento das organizações internacionais foi impulsionado pelo estabelecimento de uma ordem econômica e politicamente polarizada revelada pela Guerra Fria. Assim, o malogro da experiência de uma organização internacional permanente – a Corte Permanente de Justiça Internacional - levou o bloco Europeu a estruturar-se em torno de questões que estavam na agenda do dia, em especial após as atrocidades cometidas durante a guerra. Diante da desconfiança coletiva nas ordens nacionais, o período pós-guerra fortaleceu um novo momento no âmbito do desenvolvimento das cortes internacionais.

Nesse contexto, surge a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950. Mais que um instrumento de proteção civil, aquela era também uma ferramenta de domínio político, a fim de vedar qualquer eventual proposição de um modelo político-jurídico soviético. Através dela, “a Europa rompeu a barreira da completa soberania nacional pela aceitação da Convenção Europeia de Direitos Humanos como um tratado internacional obrigatório”<sup>5</sup> (SCHERMERS, 1999, p. 822 – tradução nossa). Portanto, a ascensão do sistema europeu de direitos humanos teve um duplo caráter: primeiro, político, ao tentar reter a difusão dos valores políticos do bloco comunista. Segundo, econômico, ao sofrer profunda influência e assimilar elementos de organizações econômicas que se desenvolviam àquele momento. Alter (2009) observa que o sucesso superveniente da Corte Europeia de Direitos Humanos (1950) teria suas origens na Corte Europeia de Justiça, cuja jurisdição recaía essencialmente sobre temas econômicos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (Corte EDH) representa, portanto, um modelo institucional prematuro, cuja expansão gradual foi adotada como modelo organizacional por outras cortes regionais. Em sua versão inicial, a permissibilidade quanto a aderências condicionais, bem como a retirada de aceitação comprometiam o julgamento de casos e a credibilidade do sistema. Ademais, havia uma distinção entre a aceitação da jurisdição da Corte e a aceitação de reclamações por individuais. Finalmente, os casos submetidos à Corte EDH tinham sua admissibilidade filtrada pela Comissão Europeia para, somente então, serem apreciados pela Corte.

---

<sup>5</sup>Tradução livre de: “Europe broke through the barrier of full national sovereignty by accepting the European Convention on Human Rights as a binding international treaty” (SCHERMERS, 1999, p. 822).

Alter, ao observar a evolução de cortes internacionais ao longo do século XX, identifica três elementos que caracterizariam a tendência institucional universal no âmbito dessas organizações, concernentes a sua atividade jurisdicional: (a) jurisdição compulsória; (b) acesso a atores não estatais para iniciar disputas e; (c) intenção implícita ou explícita de que a corte internacional faça cumprir acordos internacionais (ALTER, 2009, p. 7). A autora identifica que desde 1985 o mecanismo de jurisdição compulsória difundiu-se amplamente entre cortes internacionais, tornando-se diretriz procedimental de vinte e uma entre vinte e cinco cortes internacionais permanentes em atividade atualmente. No que tange ao acesso de atores não estatais, vinte delas já admitem a proposição de casos por organizações da sociedade civil e indivíduos (ALTER, 2011, p. 8-9).

A Convenção Europeia, assinada em 1950, entrou em vigor em 1953, com aceitação da jurisdição da Corte por apenas três países: Dinamarca, Irlanda e Suécia. A criação da Corte demandava a aceitação de oito Estados e, por isso, só veio a ocorrer em 1958. Já o direito de petição individual requeria a aceitação por seis Estados e, portanto, só foi incorporado em 1955. Com a reforma do modelo europeu em 1998, através do Protocolo No. 11, extinguiu-se o direito de reserva quer quanto à jurisdição da Corte quer quanto ao direito de petição individual, passando ambos a terem caráter compulsório (SCHERMERS, 1999, p. 824).

Outro ponto essencial de tal reformulação da Convenção refere-se à mitigação da função de controle de admissibilidade, pela Comissão Europeia, de denúncias de violações de direitos humanos submetidas à Corte. Em sua versão originária, a Comissão Europeia de Direitos Humanos era composta por um número de representantes correspondentes aos Estados signatários, eleitos pelo Comitê de Ministros que, por sua vez, era composto por representantes políticos dos Estados signatários da Convenção Europeia. A Comissão seria responsável por analisar a admissibilidade e conduzir investigações preliminares a partir de critérios políticos. A Comissão, portanto, servia como uma espécie de juiz de instrução ou promotor público:

Até o ponto em que (a Comissão) submete o processo ao Tribunal, comprometem-se muitas das mesmas funções que uma *instance d'instruction* na realização de sua investigação preliminar. É verdade, claro, que quando se tenta suscitar a conciliação, que é, no termo diplomático tradicional, tentativa de usar seus bons ofícios (...). A Comissão, representando o interesse geral, em oposição a qualquer outro interesse particular, tem, de fato, tornando-se um órgão preocupado em proteger a *order publique européen*<sup>6</sup> (WEIL, 1963, p. 818 – tradução nossa).

---

<sup>6</sup>Tradução livre de: “Up to the point at which it (The Commission) refers a case to the Court, it undertakes many of the same functions as an *instance d'instruction* in carrying out its preliminary investigation. It is true, of

O controle de admissibilidade, portanto, era realizado por um órgão político e em uma etapa preliminar à efetiva proposição diante da Corte, o que daria margem a questionamentos sobre a imparcialidade dessa atividade. Não existem dados que efetivamente comprovem qualquer tipo de seleção politicamente motivada dos casos interpostos perante a Corte Europeia antes de 1998, ano da reforma da convenção; no entanto, de acordo com as estatísticas divulgadas pela Corte, em 1999, cento e setenta e sete casos foram julgados pela Corte, contra cento e quarenta e quatro decisões emitidas no ano anterior, 1998. Em 2000, o número atinge seiscentos e noventa e cinco decisões.<sup>7</sup> Há, claro, que se considerar a influência de outros elementos incorporados a partir do protocolo No. 11 como, por exemplo, a aceitação compulsória da capacidade postulatória por indivíduos, além do aumento da capacidade produtiva da própria Corte; mas é expressivo o aumento numérico de decisões emitidas pela Corte a partir de 1999.

O Protocolo No. 11, de 1998, promoveu uma mudança estrutural no sistema europeu de proteção dos direitos humanos. A partir dele, ocorre a unificação dos órgãos da Corte, extinguindo-se a função da Comissão de filtragem de casos e ampliando-se o quadro de magistrados, bem como o seu caráter temporário para permanente. Tais mudanças tiveram visíveis implicações em números - aumento de julgamentos e redução dos casos de inadmissibilidade - e, finalmente, atribuíram à Corte mais ferramentas de fomento à independência e imparcialidade.

A questão acima suscitada assume relevância quando considerado o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, ainda hoje, apresenta certa defasagem institucional no que tange aos procedimentos democráticos quando comparada à Corte Europeia. Além de preservar o procedimento de filtragem realizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos preliminarmente à submissão a Corte, ela ainda autoriza retirada da adesão à competência compulsória da Corte, por meio da chamada cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Tal formato institucional resultou em que, embora precursor na mobilização

---

*course, that when it tries to bring about conciliation, it is, in the traditional diplomatic term, attempt to use its good offices (...) The Commission, in representing the general interest as opposed to any particular interest has, in fact, become an organ concerned with protecting the order publiqueuropéen” (WEIL, 1963, p. 818).*

<sup>7</sup>Dados compilados a partir do SURVEY Fourtyyearsofactivity 1959-1998, CouncilofEurope e site de Estatísticas da Corte Europeia de Direitos Humanos, disponível em: <[http://www.elibrary.humanrightshouse.org/library/doc1/7\\_EC\\_on\\_HR\\_and\\_its\\_mechanism\\_of\\_HR\\_protection/general\\_section/articles\\_and\\_books/Surveyapercus\\_19591998.pdf](http://www.elibrary.humanrightshouse.org/library/doc1/7_EC_on_HR_and_its_mechanism_of_HR_protection/general_section/articles_and_books/Surveyapercus_19591998.pdf)>. [Acesso em: 28 Ago. 2014].

regional e no estabelecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos anos sessenta, o Sistema Interamericano revela seu comprometimento político resultante da polarização da Guerra Fria, além da falta de empenho na efetiva proteção dos direitos humanos. Fato ilustrativo é que, apesar da Corte ter sido constituída em 1979, apenas em 1986 a Comissão Interamericana submete o primeiro caso à Corte. Até então, a atuação da Corte Interamericana restringiu-se à emissão de opiniões consultivas.

Ao fim da Guerra Fria, uma nova ordem política ascende com a abertura político-econômica de novas democracias – em particular, na América Latina e na África. A partir de uma nova ordem global descentralizada, os novos Estados liberais buscam mecanismos regionais de cooperação internacional, nos âmbitos econômico e de Direitos Humanos, em três principais eixos: África, Europa Oriental e América Latina. Nesse sentido, os Tribunais da Iugoslávia (1993) e de Ruanda (1994) representam essa nova conformação com características particulares no que tange à sua composição *ad hoc*. Como um órgão independente das Nações Unidas, o Tribunal da Iugoslávia tinha jurisdição específica para os crimes cometidos durante os períodos de guerra, o que parcialmente assumiu a função de um experimento institucional para a posterior criação do Estatuto de Roma (1998) e do Tribunal Penal Internacional (2002).

Nesse sentido, Tribunais da Iugoslávia e Ruanda pretenderam aproximar-se de formatos institucionais baseados na independência política quanto a seus Estados-membros e aderência normativa por partes dos Estados signatários. O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, portanto, constitui um marco no âmbito do Direito Internacional e estabelece novas diretrizes para os crimes de guerra, pelas seguintes razões: (a) constitui-se a partir dos precedentes de Nuremberg, havendo, assim, compromisso com o princípio da legalidade; (b) trata-se de um órgão das Nações Unidas, preservando relativa neutralidade em relação aos envolvidos; (c) possui, entre o corpo de magistrados, indivíduos escolhidos a partir da sua formação jurídica e experiência profissional, originários de vários países diferentes (ALTER, 2011, p. 26).

Os tribunais internacionais, por sua vez, representam um processo consensual de reconhecimento da competência jurisdicional internacional sobre os ordenamentos domésticos. Para uma análise mais precisa do tema, Helfer e Slaughter (1998, p. 288) destacam que organizações supranacionais se distinguem das internacionais pela sua habilidade de fazer decisões que são diretamente vinculantes aos Estados-membros, iniciativas pública e privada, bem como indivíduos dentro desses Estados, enquanto que

organizações internacionais tradicionais apenas podem agir ou executar decisões por ou através de Estados-membros. Nesse sentido, destacam-se, no âmbito das organizações supranacionais, não apenas tribunais regionais, como o Tribunal de Justiça da União Europeia, de 1952, como também aqueles com caráter supra-estatal universal, como a Corte Internacional de Justiça - principal órgão judicial da ONU, criado em 1945 pela Carta das Nações Unidas - e o Tribunal Penal Internacional- criado pelo Estatuto de Roma, em 1998. Para este estudo, no entanto, será feito o uso indiscriminado da nomenclatura, entendendo-se, no entanto, que o objeto da presente pesquisa – a Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui uma organização supranacional.

O Tribunal Penal Internacional resulta do desenvolvimento progressivo de modelos de cortes internacionais em âmbitos universal e regional. Trata-se de uma resposta aos clamores pela codificação de crimes de guerra e, principalmente, por um tribunal com jurisdição universal. Assim, o estabelecimento, no Estatuto de Roma, das categorias “genocídio”, “crime contra a humanidade”, “crime de guerra” e “agressão” são resultado de aproximadamente um século de regulamentações experimentais no âmbito do Direito Internacional e no estabelecimento de organismos judiciais extranacionais.

O desenvolvimento de tais organizações e, sobretudo, a construção argumentativa que se estabeleceu nos últimos cinquenta anos, será fundamental para compreender a ascensão da Corte Interamericana e sua preponderância ante os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. A observação da influência e a coação estabelecida por esses órgãos revelará a mudança do posicionamento dos Estados nacionais quanto à adaptação de seus ordenamentos jurídicos nacionais aos preceitos de Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo na América Latina.

## **1.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estrutura, evolução e jurisdição**

O desenvolvimento precoce de um sistema regional de proteção de direitos humanos na América Latina sofreu, naturalmente, a influência e as restrições do contexto político em que se inseria. Sua carta primordial de 1948 – a Declaração de Direitos e Deveres do Homem – precedeu até mesmo a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU. No entanto, a conjuntura global de Estados nacionais polarizados, além da existência de regimes ditatoriais baseados na sistemática restrição de direitos fundamentais, impediram o efetivo desenvolvimento do aparato internacional interamericano.

Mesmo diante de tais condições, a Organização dos Estados Americanos constituiu-se, em 1948, a partir da constituição de sua Carta e a adesão inicial de vinte e um Estados, para então, em 1959, estabelecer a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Tanto a Declaração de Direitos e Deveres do Homem (1948), quanto a Carta da OEA (1948) continham apenas diretrizes genéricas e não apresentavam qualquer mecanismo vinculativo aos Estados. Assim, em 1969, foi lançada a Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto São José da Costa Rica - definindo os contornos preliminares do resguardo dos direitos humanos nessa região (OEA, 2015).

Atualmente, a Comissão, além da função *quasi* judicial, que inclui a análise de admissibilidade de petições individuais, realiza a publicação de relatórios, visitas, pesquisa e publicação de estudos, organizações de eventos, publicação de recomendações, emissão de medidas emergenciais e requerimento de opiniões consultivas à Corte.

O Sistema Interamericano de direitos humanos, hoje, é legalmente instrumentalizado pelos seguintes documentos: Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (1969); dois protocolos da Convenção Americana (o Protocolo de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, e o Protocolo sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994); e Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999). O Sistema inclui também instrumentos acessórios, como a Carta Democrática Interamericana (2011), a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão (2000) e os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas (2008)<sup>8</sup>.

Dentre os atuais trinta e cinco membros da Organização dos Estados Americanos, vinte e cinco ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, dentre os quais vinte e um reconhecem a competência da Corte<sup>9</sup> e apenas dez aceitam a competência da

---

<sup>8</sup> Informação disponível em: <<http://www.oas.org/columbus/cuba.asp>>. [Acesso em 04.Set.2014]

<sup>9</sup> Os países que aceitam a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos são: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

Comissão<sup>10</sup>. O Estado Cubano foi suspenso de participar da Organização dos Estados Americanos em 1962, sob a alegação de “haver estabelecido um sistema político, econômico e social baseado na doutrina Marxista-Leninista”, além de ter “seu governo identificado com os objetivos e diretrizes do bloco Sino-Soviético”.<sup>11</sup> Em 2009, a resolução que excluía Cuba da organização foi revogada através de Manifestação da Assembleia Geral da OEA<sup>12</sup>, no entanto, o retorno do país ao bloco dependeria de condições que não foram cumpridas e, portanto, o país permanece fora do grupo.<sup>13</sup>

Trinidad e Tobago ratificou a Convenção em 1991 e, em 1998, denunciou a convenção, renunciando também a competência da Corte Interamericana.<sup>14</sup> O caso de Trinidad e Tobago revelou a fragilidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que tange a sua jurisdição e à execução de decisões, dado que o Estado tobaguiano teve aceitas pela Comissão reservas que desafiavam a essência do Sistema, bem como contrariou tanto algumas premissas da Convenção quanto uma decisão da Corte referente à pena de morte.<sup>15</sup>

Em 1999, o Estado do Peru, sob o governo de Augusto Fujimori, anunciou a renúncia à jurisdição da Corte Interamericana, mas foi informado de que não seria possível renunciar

---

<sup>10</sup>Os países que aceitam a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são: Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Honduras, Nicarágua, Peru, Uruguai e Venezuela.

<sup>11</sup> Livre tradução de trechos da Ata Final do 8º Encontro de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, 1962. *Final Act of the The Eight Meeting of Ministers of Foreign Affairs met on the basis of the Rio Treaty in Punta del Este, Uruguay, in January 1962 to consider Cuba's changing foreign relations and political activities*. Disponível em: <<http://www.oas.org/columbus/cuba.asp>>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>12</sup>*Thirty-Ninth Regular Session of the General Assembly, OAS, June 2 and 4, 2009. AG/RES.2438 (XXXIX-O/09) Resolution on Cuba*. Disponível em: <<http://www.oas.org/columbus/cuba.asp>>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>13</sup> Duas condições foram estabelecidas: Cuba deveria solicitar readmissão à Organização dos Estados Americanos e deveria participar de negociações. Nenhuma das condições foi cumprida até hoje (PASQUALUCCI, 2012, p. 2).

<sup>14</sup>Fonte: Website da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>15</sup>O Estado de Trinidad Tobago, desde a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, já apresentava uma reserva quanto ao artigo 4, que veda a aplicação da pena de morte a menores de 18 anos ou maiores de setenta anos. O Estado tobaguiano reafirmou a inexistência de tal proibição em seu ordenamento doméstico (que acolhia a pena de morte previamente à ratificação), além de condicionar a aceitação da jurisdição da Corte “somente na medida em que esse reconhecimento seja compatível com as disposições pertinentes da Constituição da República de Trinidad e Tobago, e desde que uma sentença da Corte não contradiga, estabeleça ou anule direitos ou deveres vigentes de cidadãos particulares”. Dessa maneira, a exequibilidade das decisões da Corte sofreu severa constrição. Diante de diversas petições submetidas em nome de indivíduos condenados à morte sob a alegação de violação dos art. 8 (devido processo legal), art. 25 (direito a recorrer de uma decisão judicial), art. 4, §1o (direito a vida), a Corte ordenou a suspensão da execução dos indivíduos que teriam petições sob análise pela Corte internacional, no entanto, o Estado tobaguiano desrespeitou a medida, executando um dos petionários. O Estado de Trinidad e Tobago alegou cumprimento da decisão da Corte Internacional Caribenha *Privy Council* que determinava que a pena de morte era recurso admissível desde que a espera não superasse o período de cinco anos, o que caracterizaria uma “punição degradante, desumana e cruel”. Para mais detalhes sobre o caso de Trinidad e Tobago, ver Concepción (2001).

apenas à jurisdição da Corte, mas sim à Convenção Americana de Direitos Humanos como um todo. O Estado Peruano, em seu governo subsequente, assim, voltou atrás em sua decisão (PASQUALUCCI, 2012, p. 33). Mais recentemente, a Venezuela denunciou a Convenção sob a alegação do presidente venezuelano, Hugo Chávez, de perseguição política a partir das decisões da Corte. O depósito da nota de renúncia à Convenção ocorreu em setembro de 2012 e, portanto, ainda encontra-se em análise.<sup>16</sup>

Embora a renúncia à Convenção libere os países das obrigações vinculantes de proteção dos direitos humanos, bem como da jurisdição da corte internacional, como membros da Organização dos Estados Americanos, os países devem manter seu compromisso com os princípios da Declaração de Direitos e Deveres do Homem (1948). Nesse âmbito, não caberá à Corte a análise de petições individuais. No entanto, a Comissão, de acordo com o artigo 106 da Carta da OEA, ainda é competente para “promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria”<sup>17</sup>. Dessa maneira, a Comissão Interamericana poderá emitir relatórios, opiniões e recomendações sobre a situação dos direitos humanos nos Estados signatários da declaração.

De acordo com a Convenção Americana, existem duas categorias de competência a serem aceitas pelos Estados signatários: a competência jurisdicional da Corte, por um lado, refere-se à aceitação dos Estados a terem casos, apresentados por peticionários individuais ou organizações da sociedade civil, analisados quanto a sua responsabilidade sobre as violações de direitos humanos cometidas (artigo 62 da CADH). A aceitação da competência da Comissão, por sua vez, diz respeito à concordância de um Estado signatário com que a Comissão receba e examine comunicações em que um Estado-parte alegue sua conduta de violações dos direitos humanos (artigo 45 da CADH).

No que tange à competência *ratione personae*, o reconhecimento da competência da Corte indeclinavelmente inclui a interposição de petições por individuais; já no caso do reconhecimento da competência da Comissão, a comunicação estatal somente será aceita caso o Estado comunicante também tenha aceitado tal cláusula quanto a si mesmo. Uma vez reconhecida a jurisdição da Corte, o Estado-parte passa a ser vinculado por suas decisões,

---

<sup>16</sup> Para mais informações sobre os pedidos de renúncia à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ver: <<http://www.ijrcenter.org/2012/09/19/venezuela-denounces-american-convention-on-human-rights-as-iachr-faces-reform/>>

<sup>17</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da organização dos Estados Americanos (1967). Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm)>.[Acesso em 04.Set.2014].

tendo tal sistema sido denominado no Direito brasileiro como cláusula facultativa de jurisdição obrigatória. Sua competência divide-se em opiniões consultivas e contenciosas. A competência consultiva prescinde de concordância pelos Estados. A mera condição de membro da Organização dos Estados Americanos autoriza a Corte a manifestar-se sobre questões relacionadas à interpretação da Convenção, bem como sobre a compatibilidade de legislação interna com os preceitos da Carta Americana. No que tange à jurisdição contenciosa, a Corte também possui competência para determinar medidas de urgência, semelhantes àsquelas existentes no ordenamento civil brasileiro, para que “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis a pessoas” (artigo 62 da CADH).

A competência *ratione materiae* constitui um dos elementos de maior fragilidade no âmbito jurisdicional da Corte. Por um lado, Estados-partes alegam sua soberania nacional e conseqüente superioridade hierárquica de seus sistemas domésticos. Sob essa lógica, os Estados eventualmente chamados à Corte alegam a irreversibilidade de suas decisões judiciais. No entanto, a Corte Interamericana atua sob o princípio da quarta instância, o que, na prática, significa que ela não julga casos como um órgão de apelação, apurando eventuais erros do Direito doméstico ou condutas de cortes nacionais. A Corte determina apenas se Estados signatários violaram obrigações internacionais quanto aos direitos humanos sob o prisma dos preceitos contidos na convenção ratificada por eles. Nesse sentido, a Corte IDH constitui órgão subsidiário aos ordenamentos domésticos e à eventual revisão de uma decisão doméstica – mesmo quando proferida por uma corte suprema, constitui apenas a checagem da complacência das instituições estatais no âmbito doméstico (PASQUALUCCI, 2012, p. 124-127).

O Estado de Trinidad e Tobago fez reservas que violam diretamente os preceitos da convenção, tais como: autorização à aplicação da pena de morte a maiores de setenta anos, bem como a sobreposição de seu ordenamento doméstico às determinações da Corte.<sup>18</sup> O caso

---

<sup>18</sup> “1. Em relação ao parágrafo 5 do artigo 4 da Convenção, o Governo da República de Trinidad e Tobago formula reserva pelo fato de não existir, nas leis do país, proibição de aplicação da pena de morte a uma pessoa maior de 70 (setenta) anos de idade. 2. . Em relação ao artigo 62 da Convenção, o Governo da República de Trinidad e Tobago reconhece a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida nesse artigo, somente na medida em que esse reconhecimento seja compatível com as disposições pertinentes da Constituição da República de Trinidad e Tobago e desde que uma sentença da Corte não contradiga, estabeleça ou anule direitos ou deveres vigentes de cidadãos particulares.” **Reserva à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado de Trinidad Tobago.** Informação Geral do Tratado B-32 - Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

de Trinidad e Tobago é ilustrativo quanto ao cumprimento formal de normas convencionais, sem qualquer comprometimento com os valores e preceitos de defesa dos direitos humanos.

Embora o direito de reserva seja garantido pelo artigo 75 da Convenção, que apenas vincula os Estados signatários aos preceitos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969)<sup>19</sup>, a vaga limitação às reservas, no entanto, não oferece elementos suficientes para estabelecer o grau de comprometimento dos Estados-parte com os preceitos da convenção. As reservas à convenção estipuladas pelo Estado de Trinidad e Tobago foram postas em xeque à superveniência do Caso *Hilaire, Constantine and Benjamin vs. Trindade e Tobago*, de 2002. Naquela ocasião, face à alegação de ausência de jurisdição *ratione materiae*, a Corte declarou que:

A eficácia da reserva ou da declaração limitativa formulada por Trinidad e Tobago, devido ao seu excessivo caráter geral, é executada ao contrário do objeto e finalidade da Convenção, e subordina a função jurisdicional da Corte a normas nacionais e às decisões de órgãos nacionais, violando assim princípios do Direito Internacional<sup>20</sup> (CIDH, 2002, p. 1 - tradução nossa).

Nesse sentido, a Corte Interamericana adotou o princípio da *competence de la competence*, segundo o qual, na superveniência de um evento de disputa a respeito de se a Corte tem jurisdição particular em um dado caso, a matéria deve ser decidida pela própria corte, dado seu poder inerente de determinar o escopo de sua competência (PASQUALUCCI, 2012, p. 117).

Outras reservas também podem ser citadas como elementos desafiadores do *telos* da convenção, como a reserva relativa à pena de morte pelo Estado de Barbados<sup>21</sup> e também

---

<sup>19</sup> “Esta Convenção só pode ser objeto de reservas em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, assinada em 23 de maio de 1969. ” Art. 75 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

<sup>20</sup> Tradução livre de: “(...) *the effectiveness of the reservation or limiting declaration formulated by Trinidad and Tobago, finding that due to its excessively general character it runs contrary to the object and purpose of the Convention, and broadly subordinates the jurisdictional function of the Court to domestic norms and to the decisions of national organs, thereby contravening principles of international law*” (CIDH - *Hilaire, Constantine and Benjamin vs. Trindade e Tobago*, 2002)

<sup>21</sup> “Quanto ao parágrafo 4 do artigo 4, o Código Penal de Barbados estabelece a pena de morte por enforcamento para os crimes de homicídio e traição. O Governo examina cuidadosamente neste momento a questão da pena de morte, que só é imposta em raras ocasiões, mas deseja formular reserva sobre esse ponto, uma vez que, em certas circunstâncias, a traição poderia ser considerada crime político e ser enquadrada nos termos do parágrafo 4 do artigo 4. Relativamente ao parágrafo 5 do artigo 4, embora a menoridade ou maioridade do delinquente possam constituir fatores que o Conselho Privado, a Corte de Apelações de mais alta hierarquia, poderia levar em conta ao considerar se se deve cumprir a sentença de morte, as pessoas acima de 16 anos ou as maiores de 70 anos podem ser executadas em conformidade com as leis de Barbados. ” Fonte: CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Reserva à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado de Barbados.** Informação Geral do Tratado B-32 -. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif..htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm)>. [Acesso em 04.Set.2014].

quanto ao princípio da presunção de inocência, declaradamente repudiado por esse Estado.<sup>22</sup> Para o presente estudo, importa salientar as reservas feitas pelos Estados guatemalteco e dominicano quanto ao direito à vida – artigo 4º da Convenção, nas quais ambos recusam-se a vedar a aplicação da pena a delitos comuns conexos com delitos políticos. Em ambas as reservas, os Estados signatários da convenção reafirmam a vedação de tal sanção legal exclusivamente aos crimes políticos.<sup>23</sup> A reserva do governo guatemalteco foi retirada em 1986, oito anos depois de seu depósito. O Estado de Barbados, no entanto, mantém ainda hoje a reserva.<sup>24</sup>

No âmbito da competência *ratione loci*, a mera interpretação contratualista estabelecida pelo Tratado de Viena mostra-se insuficiente para atender as demandas dos direitos humanos. De acordo com o artigo 29 do referido instrumento, “a não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, um tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território”. Ocorre que, assim como a transcendência temporal característica das violações de direitos humanos, no âmbito geográfico, a mesma máxima se impõe. Portanto, embora não haja declaração expressa da ampla interpretação da jurisdição territorial, entende-se que ela extrapola os limites territoriais, para então aplicar-se também aos espaços sobre os quais os Estados-partes exerçam jurisdição, como ficou consolidado, em decisão da Comissão Interamericana, pelo posicionamento favorável à responsabilidade dos Estados Unidos sobre as violações de direitos humanos em Guantánamo.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> “Quanto à alínea e do parágrafo 2 do artigo 8, a legislação de Barbados não estabelece como garantia mínima no procedimento penal nenhum direito irrenunciável à assistência de um defensor designado pelo Estado. Nos casos de determinados delitos, tais como homicídio e estupro, são prestados serviços de assistência jurídica” (Idem).

<sup>23</sup> “O Governo da República da Guatemala ratifica a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, formulando reserva quanto ao artigo 4, parágrafo 4, já que a Constituição da República, em seu artigo 54, exclui da aplicação da pena de morte os delitos políticos, mas não os delitos comuns a eles conexos. ”. Fonte: CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Reserva à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado da Guatemala**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>24</sup> “Quanto ao parágrafo 4 do artigo 4, o Código Penal de Barbados estabelece a pena de morte por enforcamento para os crimes de homicídio e traição. O Governo examina cuidadosamente neste momento a questão da pena de morte, que só é imposta em raras ocasiões, mas deseja formular reserva sobre esse ponto, uma vez que, em certas circunstâncias, a traição poderia ser considerada crime político e ser enquadrada nos termos do parágrafo 4 do artigo. ” Reservas à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado de Barbados. Fonte: CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Reserva à Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Estado de Barbados**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>25</sup> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em diversas oportunidades, emitiu resoluções e comunicados expressando preocupação e pedindo o fechamento imediato da prisão. O último comunicado

A competência *ratione temporis*, por sua vez, foi, nos últimos anos, diversas vezes desafiada ante a casos submetidos à Corte. Por um lado, o caráter contratual e formalista da Convenção adota a irretroatividade dos tratados internacionais como princípio norteador de sua competência temporal, de acordo com o artigo 28 da Convenção de Viena<sup>26</sup>. No entanto, a natureza das violações de direitos humanos é *per si* caracterizada pela sua transponibilidade temporal, dadas sua propagação e conseqüências. Portanto, adota-se, como limitador material, a data de ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, como critério de apreciação, a data de aceitação da jurisdição da Corte. Na prática, se ao tempo da violação de dado direito contido na Convenção Americana, o Estado violador não houver reconhecido a competência da Corte, apenas a Comissão poderá regular a infração com base no dever de cumprir os preceitos convencionais, não havendo qualquer elemento vinculativo. Ocorre que, violações que ocorreram antes da aceitação, mas revestem-se de continuidade após o reconhecimento da competência da Corte, passaram a constar na agenda do dia, especialmente, no âmbito da justiça de transição. Como reafirmado pela Corte, “a Corte Interamericana de Direitos Humanos é competente para examinar ações e omissão que ocorram após o reconhecimento da jurisdição, assim como seus respectivos efeitos”<sup>27</sup>(PASQUALUCCI, 2012, p. 138 – tradução nossa).

Portanto, violações consideradas permanentes ou continuadas consistem no ato ou omissão que, mesmo havendo ocorrido antes do reconhecimento, prolongam-se no tempo ou tem seus efeitos perpetuados sem que haja uma ação contrária para a reversão daquele quadro. A sua ocorrência gera implicações internacionais quanto às obrigações dos Estados e, portanto, a apreciação pela Corte não importa na violação do princípio da irretroatividade. No

---

(Comunicado de Imprensa 3/12) ao Estado Norte-americano data de 2012, quando a Comissão reiterou que os EUA deveriam fechar a prisão de Guantánamo, bem como determinar a legalidade da privação de liberdade das pessoas ali detidas: *La CIDH reitera que elGobierno de Estados Unidos de América debe clausurar el centro de detención que opera en la base naval de Guantánamo sin más demora. Asimismo, la CIDH reitera que Estados Unidos debe determinar la legalidad de la privación de libertad de las personas allí recluidas, observar el principio de non-refoulement en los casos en que corresponda realizar transferencias de detenidos a otros países, investigar y sancionar efectivamente los actos de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes cometidos contra los detenidos, y permitir a la Comisión Interamericana y a los órganos internacionales de protección realizar visitas de monitoreo en las instalaciones de detención de la base naval de Guantánamo.* Informações disponíveis no site da Comissão IADH: <<http://www.oas.org/pt/cidh/ppl/decisiones/Guantanamo.asp#Resol>>.

<sup>26</sup>“A não ser que uma intenção diferente se evidencie do tratado, ou seja estabelecida de outra forma, suas disposições não obrigam uma parte em relação a um ato ou fato anterior ou a uma situação que deixou de existir antes da entrada em vigor do tratado, em relação a essa parte. ” Art. 28, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969).

<sup>27</sup>Tradução livre de: “*the Interamerican Court of Human Rights is competent to examine the actions and omission occurring subsequent to the recognition of jurisdiction, as well as their respective effects*” (PASQUALUCCI, 2012, p. 138).

âmbito das violações continuadas, destacam-se o desaparecimento forçado, que tem sua duração definida pelo tempo em que não houver informações sobre o paradeiro ou elucidado do caso, bem como a falha estatal em investigar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos.

Assim como a competência material, a competência temporal também pode sofrer limitações por reservas estabelecidas pelos Estados-partes. Assim, de acordo com o artigo 62, §2º da Convenção Americana, “a declaração poderá ser feita incondicionalmente, ou sob a condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos”; logo, alguns dos Estados-partes reforçaram suas reservas quanto à exclusão de períodos precedentes ao reconhecimento da jurisdição. Os Estados do Chile<sup>28</sup> - cuja limitação é estabelecida a partir de uma data específica, Brasil<sup>29</sup>, El Salvador<sup>30</sup>, Guatemala<sup>31</sup>, México<sup>32</sup> e Nicarágua<sup>33</sup>, todos incluíram condições de não retroatividade no que tange à sua aceitação à jurisdição da Corte.

Portanto, assim como nas limitações quanto à matéria, as limitações estatais quanto à abrangência temporal relacionam-se com o passado de sistemáticas violações de direitos humanos pelos países latino-americanos, bem como com sua dificuldade em lidar com as transições democráticas sem, no entanto, extinguir a memória. Como um mecanismo ainda em desenvolvimento, a Corte mostra-se limitada pela fragilidade dos mecanismos de

---

<sup>28</sup>“Ao formular essas declarações, o Governo do Chile deixa consignado que os reconhecimentos de competência por ele conferidos referem-se a fatos posteriores à data do depósito do instrumento de ratificação ou, em todo caso, a fatos cujo princípio de execução seja posterior a 11 de março de 1990”. Fonte: CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Informação Geral do Tratado B-32**. Disponível em: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao\\_Americana\\_Ratif.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm)>. [Acesso em 04.Set.2014].

<sup>29</sup>“O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta declaração” (Idem).

<sup>30</sup>“ O Governo de El Salvador, ao reconhecer essa competência, deixa consignado que a aceitação é por prazo indeterminado, sob condição de reciprocidade e com a reserva de que os casos em que se reconhece a competência compreendem única e exclusivamente fatos ou atos jurídicos posteriores ou fatos ou atos jurídicos cujo princípio de execução sejam posteriores à data do depósito desta declaração de aceitação, reservando-se o direito de fazer cessar a competência no momento em que considere oportuno” (Idem).

<sup>31</sup>“A aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estende-se por prazo indeterminado, em caráter geral, sob condição de reciprocidade e com a reserva de que os casos em que se reconhece a competência limitam-se exclusivamente aos ocorridos posteriormente à apresentação desta declaração ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos” (Idem).

<sup>32</sup>“A aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos só será aplicável aos fatos ou aos atos jurídicos posteriores à data do depósito desta declaração, motivo por que não terá efeito retroativo.” (Idem).

<sup>33</sup>“O Governo da Nicarágua, ao consignar o que consta do item I desta declaração, deixa consignado que a aceitação da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é expressa por tempo indeterminado, em caráter geral, sob condição de reciprocidade e com a reserva de que os casos em que se reconhece a competência abrangem somente fatos posteriores ou fatos cujo princípio de execução seja posterior à data do depósito desta declaração perante o Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos” (Idem).

execução, relações políticas frágeis e estruturas institucionais domésticas remanescentes dos regimes autoritários, avessas à proteção dos direitos humanos. A leitura de Van Zyl a respeito dos elementos-chave da justiça de transição faz-se fundamental para a compreensão do papel do Judiciário nas reformas democráticas. O autor esclarece que:

A justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, conceder reparação às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a conciliação (ZYL, 2009, p. 32).

Nesse sentido, o autor observa que as reformas institucionais estão associadas, na literatura, à necessidade de recuperar e conferir legitimidade e confiança às instituições públicas, após um período em que elas foram utilizadas como instrumento para a violação sistemática de direitos humanos. Tanto no que se refere às reservas à jurisdição da Corte Interamericana, quanto em decisões judiciais domésticas que contrariam os princípios e recomendações da Corte, os Estados latino-americanos demonstraram sua fragilidade em conciliar renovação, preservação da memória, reparação às vítimas e renovação institucional, como será debatido nos próximos capítulos.

### **1.3 Para além da contraposição monismo vs. dualismo: o pluralismo jurídico internacional como novo paradigma constitucional**

O debate travado no século XX, no âmbito do Direito Internacional, entre as correntes monista e dualista, assume, no século XXI, nova roupagem. Atualmente, cento e vinte e nove Estados e territórios são signatários da Convenção de Viena do Direito dos Tratados (1969)<sup>34</sup>. Através desse instrumento jurídico, esses Estados confirmam e reconhecem “a importância cada vez maior dos tratados como fonte do Direito Internacional e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam seus sistemas constitucionais e sociais”<sup>35</sup>. Assim, o questionamento sobre a coexistência das ordens doméstica e internacional assume novas feições.

---

<sup>34</sup>UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. Disponível em: <[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg\\_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en)> [Acesso em: 11 Set. 2014].

<sup>35</sup> Decreto No. 7.030, de 14 de DEZEMBRO DE 2009, Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. BRASIL, Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)> [Acesso em: 11 Set. 2014]

O processo de globalização – econômica e política – teve efeito profundo sobre os elementos democrático-liberais oferecidos por Estados Nacionais para a defesa dos direitos humanos. Peters (2007, p. 32) elenca os efeitos do fenômeno globalizatório sobre o Estado de Direito e a Democracia por meio da internacionalização constitucional. Nesse processo, a governança global gera a divisão do poder político em diferentes níveis e atores, resultando no que o autor denomina “controle administrativo da legalidade”. Por um lado, essa pulverização do poder fortalece o estabelecimento de parâmetros universais de proteção dos direitos humanos, por outro, esse fenômeno gera deficiências em termos de proteção legal do indivíduo, seja pela necessidade de submissão às oscilações diplomáticas ou mesmo pela ausência de capacidade postulatória em âmbito internacional - esse último elemento já mitigado no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (PETERS, 2009, p. 15-19).

No plano democrático, o processo de globalização constitucional oferece uma nova conjuntura legislativa, em que o parlamento perde o protagonismo especialmente em questões técnicas, para, então, ter sua função assumida parcialmente por expertos não eleitos, detentores de conhecimento em diversas áreas. Esse mesmo fenômeno implica em um reposicionamento do parlamento, assumindo uma posição coadjuvante, enquanto o Poder Executivo passa a ser central, tanto nas negociações com instituições – sociedade civil, partidos políticos ou mesmo outros Estados –, como no processo decisório de assimilação de novos instrumentos legais.

Finalmente, o autor afirma que o fenômeno globalizatório tornou mais evidente a incapacidade dos Estados em lidar e resolver tais questões específicas, restando a eles a delegação de tarefas a atores não estatais, supra-estatais e internacionais, o que, na prática, levaria a um déficit democrático em seus processos políticos. Como já ressaltado anteriormente, a internacionalização da constituição implica em um processo tenso de fortalecimento e suavização de mecanismos democrático-liberais (PETERS, 2009, p. 15-19).

Nesse sentido, faz-se necessária a retomada do debate concernente à coexistência de ordenamentos legais nacionais e internacionais. A análise da receptividade de decisões de cortes internacionais demanda o resgate da clássica distinção monismo vs. dualismo no âmbito do Direito Internacional. Ambas as correntes, no entanto, ao longo do século XX, mostraram-se inábeis a responder esse quadro dicotômico, especialmente em face a crises políticas globais que demandaram o reposicionamento das escolas tradicionais no âmbito da Teoria do Estado, Direito Internacional Público e Direito Internacional.

A partir de uma perspectiva dualista, consideram-se as ordens jurídicas doméstica e internacional como elementos distintos, sem pontos de convergência. A lógica de tal construção legal-institucional recai sobre os argumentos de soberania estatal e, em última análise, sobre uma construção hierárquica do ordenamento interno, sobre a qual elementos alienígenas não têm protagonismo. Assim, a assinatura de um tratado internacional, por exemplo, não assumiria implicações práticas imediatas na esfera doméstica, fazendo-se necessária a realização dos processos de adoção ou transformação (DOLINGER, 1993, p. 1041). Na prática, essa perspectiva ignora as eventuais inconsistências entre essas duas esferas jurídicas por considerá-las elementos dicotômicos.

Na contramão dessa perspectiva, a corrente monista estabelece como cerne de sua argumentação a complementaridade entre as ordens doméstica e internacional. Trata-se, sobretudo, de considerar, em primeiro lugar, a incompletude da ordem internacional e, em segundo, um sistema mútuo de validação de normas. Para tanto, Hans Kelsen reconstrói a noção de soberania a fim de suplantar o argumento de autolimitação estatal.

A “autolimitação” do Estado não difere da criação de obrigações pelos sujeitos: a ordem estatal obriga sempre indivíduos e unicamente indivíduos. Esse Estado é simplesmente a personificação da ordem jurídica interna; conseqüentemente, afirmar que o Estado só pode ser obrigado por ele mesmo significa que somente o direito interno pode obrigar seus órgãos e seus sujeitos (KELSEN, 2013, p. 57).

Kelsen, nessa construção teórica, advoga que a introdução da ordem internacional nos sistemas domésticos seria, por fim, um ato resultante de sua própria vontade, formalizado por meio de tratados. Nesse sentido, Kelsen recusa a tese de submissão a outros Estados para, então, considerar a aderência ao Direito Internacional como um ato soberano de obediência a sua própria vontade. Nesse sentido, a teoria do reconhecimento de Kelsen traduz-se na admissão formal da ordem internacional por meio de tratados e, finalmente, pela vinculação estatal por meio do princípio do *pacta sunt servanda*.

A tradição monista, portanto, amparada pela argumentação de Kelsen, oferece-nos o argumento quanto ao caráter objetivo do Direito Internacional – em seu aspecto formal e substancial – e, em última análise, quanto à impossibilidade de anulação de normas pelo próprio Estado. Nesse sentido, “não depende da vontade do Estado, que este não tem liberdade – liberdade jurídica – de decidir se o respeitará ou se não tomará conhecimento, nem possibilidade - possibilidade jurídica – de se colocar por própria conta fora do direito internacional” (KELSEN, 2013, p. 68). No entanto, no que tange ao conflito entre normas nacionais e internacionais, essa construção teórica ignora a possibilidade de responsabilização

daqueles que, na condição de avaliar a compatibilidade normativa, optam por ignorar o conflito existente. Na argumentação de Kelsen, à inexistência de um órgão constitucionalmente destinado a checar a compatibilidade do ordenamento externo com as normas internacionais, dispensa-se a responsabilização pessoal das autoridades – executiva e legislativa – quanto à constatação da ilegalidade das normas domésticas.

Se a constituição regula, por exemplo, o procedimento legislativo ou se proíbe a inserção de certos dispositivos numa lei – por exemplo, qualquer violação à liberdade de consciência – mas, se ao mesmo tempo, retira das autoridades que aplicam a lei o direito de examinar sua constitucionalidade, de recusar a aplicação de uma lei inconstitucional, suas precisões não têm sentido jurídico a menos que certas pessoas, por exemplo, o chefe de Estado ou os ministros, sejam declaradas responsáveis pela observância da sua constitucionalidade, de sorte que as leis inconstitucionais serão válidas, mas os indivíduos declarados responsáveis punidos (KELSEN, 2013, p. 80).

A construção monista kelseniana, portanto, considera que a existência de uma corte constitucional seria suficiente para garantir a plena compatibilização das ordens nacional e internacional. Ocorre que, como será analisado mais adiante, no âmbito dos Direitos Humanos e da justiça de transição, cortes supremas latino-americanas têm se mostrado incapazes de oferecer decisões independentes e desvinculadas de elementos autoritários remanescentes do passado, bem como da pressão política que gira em torno de tais matérias. Ademais, o modelo do monismo kelseniano basear-se-ia apenas na hierarquia e supremacia da lei internacional – quando aplicada a teoria da federação - a contextos internacionais e supranacionais.

Nesse sentido, a mera aceitação da teoria monista tradicional já não responde mais às demandas de uma sociedade global, democrática e judicializada, talvez nunca antevista por Hans Kelsen. Trata-se, portanto, de aceitar-se o argumento de complementaridade dessas duas ordens, mas de ir além.

Walker (2002) sugere uma leitura do constitucionalismo que supere a visão puramente legal-constitucional kelseniana. Na construção do autor, reconhece-se a mútua articulação entre Direito e política, para então constituir um novo constitucionalismo baseado em uma comunidade política.<sup>36</sup> Walker descreve a ascensão das cortes internacionais a partir de um

---

<sup>36</sup> O termo *polity*, em Inglês, é frequentemente traduzido como um método de governo – *a form or process of civil organization* (OXFORD DICTIONARIES, 2015), ou como uma organização civil – *organized society or political entity* (OXFORD DICTIONARIES, 2015) ou *a society or state considered as a political unity* (CAMBRIDGE DICTIONARIES, 2015). Na construção argumentativa de Walker, o termo assume o sentido de ambas as traduções, sendo ora relacionado à noção de comunidade política, ora ao processo constitucional.

quadro evolutivo, desde o constitucionalismo centro-estatal até o constitucionalismo plural, pós-estatal. Em tal esquema gradativo, o autor baseia-se em uma abordagem histórica que parte da falência do modelo westfaliano, amparado pela tríade território-povo-soberania, para então resultar em uma nova leitura de constitucionalismo constituído globalmente como um método de governo.

Argumento de extrema relevância para o presente trabalho refere-se à adoção de meios de transformação constitucional como o uso de continuidade histórica, continuidade discursiva e coerência normativa. Trata-se de afastar o tecnicismo que circundou a noção constitucionalista exclusivamente focada no Estado. O primeiro meio baseia-se em retomar a ligação sociológica com as origens e desenvolvimento histórico do instrumento normativo; o segundo, refere-se ao estabelecimento de uma conexão valorativa com o conteúdo constitucional e, principalmente, com os princípios norteadores que o guiam; finalmente, o terceiro, concerne a urgente necessidade de assimilação de *standards* mínimos de inclusão.

A experiência do constitucionalismo alemão no século XIX constitui uma das experiências resultantes do extremo positivismo jurídico. A adoção do modelo constitucional schmittiano, calcado na teoria pura de Hans Kelsen, ao realizar o integral cumprimento dos requisitos legais, ignorou elementos morais, o que levou à ascensão do regime nazista. A apropriação do constitucionalismo puro por Schmitt baseava-se na extração do elemento político presente nas organizações políticas em ascensão no século XIX – o parlamento. Nesse sentido, o Executivo seria o guardião da constituição, contrariando a construção kelseniana amparada no controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Em um reconhecimento tardio, Hans Kelsen admite a falha sistêmica de seu modelo positivista, para então sugerir a adoção de princípios de Estado de Direito e de legalidade como uma garantia da constituição (KELSEN, 2003).

Em Walker (2002), supera-se o purismo legalista, para então assimilarem-se *standards* mínimos de governabilidade, bem como a pulverização da atividade interpretativa da constituição. Nessa concepção, o modelo constitucional baseado em plena e exclusiva soberania dos Estados Nacionais teria resultado em uma atribuição da constituição como um elemento tecnocrático exclusivamente legal, cuja função seria limitar a influência política sobre um dado sistema, seja pela elaboração exclusiva pelo poder legislativo, ou pela checagem material por cortes constitucionais. Aqui, reconhecem-se as novas fronteiras geradas pelo método de governo pós-westfaliano que substituem as molduras constitucionais até então apenas territoriais, para estabelecer novas fronteiras funcionais e setoriais. Nesse

sentido, assume relevância o papel das cortes internacionais e organizações supra-estatais, especialmente quanto à disputa pela interpretação da constituição. Configura-se, assim, a figura de uma autoridade fragmentada, fluida e contestada no âmbito de uma nova ordem multidimensional (WALKER, 2002, p. 347).

Ocorre, no entanto, que no caso latino-americano, a absorção das decisões de uma corte internacional regional sofre os óbices de um sistema internacional em progresso. Tendo como referencial a experiência europeia, por exemplo - definida por Pernice (2009, p. 368-370) como constitucionalismo multinível -sucedo que, no caso de haver conflito entre o Direito nacional e o Direito Europeu, administrações públicas e cortes domésticas devem dar prioridade ao Direito Europeu, sob amparo da Carta Europeia. Ainda na concepção do autor, a estruturação de tais sistemas constitucionais em permanente interdependência somente é possível quando se lança mão de um conceito pós-nacional de constituição – em que os poderes e a autoridade pública não estão limitados à extensão territorial nacional; isto é, liberta-se do pré-requisito de existência de um Estado Nacional e seu povo. Pernice (2009), em contrapartida, apresenta um modelo pós-constitucional em que “existe uma primazia funcional baseada na consideração mútua, reconhecimento e cooperação entre cortes”, excluindo-se, portanto, o direito de supervisão ou intervenção, mas havendo uma precedência das decisões internacionais apenas com base em uma relação pluralista e cooperativa (PERNICE, 2009, p. 384).

Neves (2009), particularmente sobre o contexto brasileiro, sugere que o transconstitucionalismo pode ser observado pelo rompimento de hierarquia entre as diferentes jurisdições, promovendo o intercâmbio de informações entre diferentes ordens com base em uma sociedade multicêntrica. Rompe-se com a lógica kelseniana e surge um novo papel da constituição – autônoma em relação ao Estado. Faz-se necessária, assim, a construção de pontes de transição entre tais ordens, por meio do uso da “Constituição Transversal”, que combina os sistemas independentes da política e do Direito, tendo como ponto focal a os direitos fundamentais.

Assim um mesmo problema de direitos fundamentais pode apresentar-se perante uma ordem estatal, local, internacional, supranacional e transnacional (no sentido estrito) ou, com frequência, perante mais de uma dessas ordens o que implica cooperações e conflitos, exigindo aprendizado recíproco. No que diz respeito às ordens jurídicas transnacionais em sentido estrito, que envolvem sobretudo atores privados e quase públicos, é indiscutível que

questões de direitos fundamentais ou de direitos humanos surgem perante elas. (NEVES, 2009, p. 129)

A ascensão do neoconstitucionalismo latino-americano<sup>37</sup>, portanto, revela novas interfaces da disputa, agora declaradamente política, da interpretação de mecanismos legais. Tal disputa pela interpretação de mecanismos legais extrapola o âmbito tripartite dos Estados Nacionais e passa a envolver organizações e tribunais internacionais e seus mecanismos de execução de suas decisões.

Helfer e Slaughter (1998) oferecem uma abordagem que estabelece como pressuposto a coexistência horizontal de cortes nacionais e internacionais. Sob essa perspectiva, comunidades epistemológicas emergentes assumem protagonismo diante da relação entre essas duas esferas. Os autores, que representam um dos pilares da chamada Escola Americana de Socialização Informal, desenvolvem sua tese a partir da consideração de uma “comunidade de cortes” – domésticas e internacionais - e da interação entre juízes, enfatizando identidades culturais, ideológicas e epistemológicas, bem como o poder persuasivo do raciocínio legal que é o maior responsável pela integração desse grupo (SHANY, 2007, p. 17). Trata-se, portanto, de compelir os tribunais domésticos através do convencimento das diferentes instituições nacionais (políticas ou não), diretamente ou através da pressão de atores privados.

Sugere-se, portanto, que a mera declaração formal do *status* de Estado Democrático de Direito, ainda que precedida de rupturas políticas com regimes autoritários, não constitui condição de cumprimento de diretrizes internacionais de direitos humanos. Para tanto, adotar-se-á, aqui, o argumento de que justiça transicional implica não apenas em revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, promover a conciliação, mas, eventualmente, também implica em processar os perpetradores e, indispensavelmente, em reformar instituições.

---

<sup>37</sup>O neoconstitucionalismo latino-americano constitui uma corrente teórica resultante da percepção de que os modelos europeus baseados no positivismo jurídico clássico e no papel coadjuvante das constituições europeias já não responderia as demandas políticas da realidade latino-americana. Esse fenômeno é baseado sobretudo no fortalecimento das jurisdições constitucionais dotadas de abertura e indeterminação semântica, resultando, portanto na preponderância do Poder Judiciário na interpretação de tal arcabouço axiológico, a partir do uso da técnica da ponderação e da aplicação do princípio da proporcionalidade na esfera judicial. Neste contexto, cresceu muito a importância política do Poder Judiciário. O foco de tal vertente teórica recai sobre tais mutações da cultura jurídica, sobre a centralidade da constituição e, sobretudo, no papel que o Judiciário passa a exercer na fixação do conteúdo constitucional e no papel auxiliar que os mecanismos democráticos formais passam a ter – sobretudo as decisões majoritárias e do papel dos representantes eleitos. Recepcionam tal corrente teórica primariamente desenvolvida por Miguel Carbonell, no Brasil, autores como Luis Roberto Barroso e Lênio Luiz Streck.

Assim, argumenta-se que a conformação do Poder Judiciário nos últimos anos haveria implicado em um profundo processo de judicialização da política, sendo, o tópico de justiça de transição também afetado por esse fenômeno. Trata-se de uma tendência regional latino-americana, em que cortes supremas assumem feições mais similares ao modelo norte-americano, seguido do reducionismo das funções parlamentares. É nesse âmbito que a ausência de efetivas reformas institucionais no período pós-ditadura revela-se latente.

Nesse sentido, o protagonismo das cortes supremas e seu progressivo empoderamento teriam resultado no repúdio à normatividade internacional indicativa de mudanças de diretrizes legais e administrativas quanto ao passado de repressão e atrocidades. Assim, analisar-se-á adiante o histórico de autoritarismo de Chile, Brasil e Uruguai, a fim de se apurar a conexão existente entre os elementos remanescentes de tais ditaduras militares, bem como o alinhamento do Judiciário de outrora, e a sua atual contribuição no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

## **2A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL**

Para além das violações a direitos materiais, nesta breve exposição dos argumentos apresentados em cada decisão da Corte, buscar-se-á verificar: primeiro, a consolidação do entendimento da Corte sobre a incompatibilidade da Lei de Anistia com as obrigações internacionais assumidas pelos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos; segundo, a participação do Poder Judiciário em cada um dos casos, seja pela sua inércia, ou pela sua atuação contrária ao seu exercício de controle de convencionalidade interno sobre as diretrizes internacionais.

Os Estados do Chile, Brasil e Uruguai foram condenados pela Corte Interamericana em decorrência de denúncias relativas a crimes cometidos durante o período das ditaduras militares, com destaque para o desaparecimento forçado. Chile e Brasil, ambos, em suas alegações preliminares, alegaram a incompetência temporal da Corte IDH para analisar os casos ocorridos no curso de seus regimes ditatoriais militares, dado que o reconhecimento da jurisdição da Corte ocorrera posteriormente aos crimes alegados. Ocorre que, como ressaltado pela Corte IDH, a omissão estatal quanto ao crime de desaparecimento constitui uma violação de caráter continuado cujos efeitos não cessam até que promovidas medidas de investigação. A suposta violação do princípio da legalidade e da irretroatividade, portanto,

não é aplicável aos casos em análise. Como já ressaltado pela Corte, “o crime de desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se” (CORTE IDH, 2010, p. 6-7).

Todos os Estados em análise nesta dissertação – Chile, Brasil e Uruguai – tiveram em comum a condenação pela Corte IDH pela manutenção de legislação incompatível com os preceitos da Carta Americana de Direitos Humanos, contrariando seu artigo 2º. Mesmo o Estado do Uruguai, ao contrário dos outros dois Estados latino-americanos, reconheceu a sua responsabilidade quanto à violação alegada pelo autor. A observação de tais decisões em ordem cronológica revela a progressiva ampliação do entendimento da Corte sobre as violações de Direitos Humanos perpetradas durante o período ditatorial e a consolidação do entendimento da Corte IDH sobre a inadmissibilidade da manutenção de leis que obstruam as investigações sobre crimes contra a humanidade.

## **2.1 Chile**

### ***2.1.1 Chile e a reforma constitucional promovida pela Lei No. 20.050 de 2005***

A redação original da Constituição Política da República do Chile de 1980 deixava uma lacuna quanto à assimilação de tratados internacionais. O artigo 50 da constituição chilena estabelecia vagamente o procedimento de incorporação de instrumentos internacionais de direitos humanos, estabelecendo apenas que, dentre as atribuições do Congresso, incluir-se-ia “aprovar ou rejeitar os tratados internacionais que lhe forem apresentados pelo Presidente da República antes de sua ratificação. A aprovação de um tratado se submeterá aos trâmites de uma lei” (tradução nossa). À ausência de lei específica que regulasse os trâmites de verificação parlamentar, a assimilação de tais tratados passou a realizar-se exclusivamente na esfera do Poder Executivo, com eventual participação do Judiciário quanto ao controle de constitucionalidade. Com o advento da Lei No. 20.050 de 2005, o texto constitucional passou a estabelecer novos parâmetros para a assimilação dos tratados internacionais, como estabelece o artigo 54 da Constituição (tradução nossa):

São atribuições do Congresso:

1) Aprovar ou rejeitar os tratados internacionais apresentados pelo Presidente da República antes da ratificação. A adoção de um tratado exige, em cada Casa, o

quórum aplicável, nos termos do artigo 66, e se submeterá, se for caso, aos trâmites da lei.

O Presidente informará o Congresso sobre o conteúdo e o alcance do tratado, assim como a reserva que pretenda confirmar ou formular.

O Congresso pode sugerir a formulação de reservas e declarações interpretativas para um tratado internacional, durante o processo de aprovação, desde que o faça em conformidade com as disposições do próprio tratado ou as regras gerais do Direito Internacional.

As medidas que o Presidente da República adote ou os acordos celebrados para cumprir um tratado em vigor não exigirão nova aprovação do Congresso, a menos que se trate de matéria própria de lei. Não exigirão aprovação do Congresso os tratados celebrados pelo presidente no exercício das suas competências reguladoras.

As disposições de um tratado só podem ser revogadas, alteradas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou em conformidade com as regras gerais do Direito Internacional.

Corresponde ao Presidente da República o direito exclusivo de denunciar um tratado ou retirar-se dele, para o qual pedirá opinião de ambas as casas do Congresso, no caso dos tratados que foram aprovados por ela. Uma vez que a denúncia ou retirada tem efeitos em conformidade com as disposições do tratado internacional que deixarão de ter efeito no ordenamento jurídico chileno.<sup>38</sup>

A Reforma Constitucional de 2005 foi fundamental pra fixar: (a) as condições de participação do Congresso chileno tanto na formulação de reservas quanto na ratificação de tratados, bem como o quórum qualificado necessário, ao remeter a matéria ao artigo 66º da Constituição; (b) a vedação à derrogação, modificação e suspensão de tratados de forma diversa daquela estabelecida pelo Direito Internacional; (c) a faculdade exclusiva de denúncia pelo Presidente da República; d) afixação do controle de constitucionalidade dos tratados pela Corte Constitucional (AHUMADA, 2006).

---

<sup>38</sup>Tradução livre de:

*“Son atribuciones del Congreso:*

*1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.*

*El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.*

*El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.*

*Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.*

*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.*

*Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.”*

Se anteriormente o Congresso Nacional somente podia aprovar ou rechaçar um tratado, com o advento da reforma constitucional de 2005, seu âmbito de atuação é ampliado, incluindo a possibilidade de modificações e formulação de reservas, além do quórum fixado no artigo 66 da Constituição, de maioria absoluta tanto na Câmara dos deputados, quanto no Senado. Ademais, ao contrário do Estado brasileiro, que reservou ao Judiciário a escolha sobre a legitimidade e validade dos tratados anteriores à reforma relativa a tratados internacionais, no Chile, a Disposição Transitória de 20 de julho de 2013 estabeleceu que os tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional anteriormente à entrada em vigor da reforma constitucional, e que versem sobre matérias conforme a Constituição, serão considerados como tendo cumprido os requisitos de aprovação conforme as exigências do artigo 63 da Constituição.

Embora não exista uma norma constitucional que estabeleça a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, a jurisprudência, desde a década de oitenta, vem tentando consolidar posicionamento dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico chileno. Dessa forma, Henríquez Viñas (2008) aborda a discussão sobre a hierarquia dos tratados internacionais no ordenamento jurídico chileno em quatro fases distintas. A primeira fase, de 1980 a 1989 teria sido marcada pela consideração da inferioridade dos tratados internacionais em relação à Constituição. Ademais, contrariando a Convenção de Viena, a jurisprudência da Corte Suprema chilena (Caso Leopoldo Ortega, 1986) estabeleceu a tese da não incorporação automática dos tratados internacionais, o que, em outras palavras, significava que, ainda que ratificados pelo Estado do Chile, a não conversão do tratado à lei nacional resultaria na não oponibilidade às leis nacionais, servindo aqueles como meras normas programáticas, sem qualquer valor vinculativo.

Em um segundo momento, de 1989 a 1994, no contexto de uma nova constituição, o artigo 5º da Carta constitucional reforçou a relevância dos tratados internacionais para o Direito chileno, ao estabelecer que: “o exercício da soberania reconhece a limitação do respeito dos direitos fundamentais decorrentes da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover esses direitos garantidos pela Constituição e por tratados internacionais ratificados pelo Chile, que estão em vigor”<sup>39</sup> (CARTA POLÍTICA DA

---

Tradução livre de:

<sup>39</sup> “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (CARTA POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980)

REPÚBLICA DO CHILE, 1980 – tradução nossa). Assim, dois casos decididos pela Corte Suprema do Chile promoveram uma mudança no entendimento sobre a hierarquia dos tratados internacionais, especialmente a respeito da aplicabilidade da Lei de Anistia.

Nos casos Uribe Tambleu-Van Jurick (1995) e Lumi Videla (1996) referentes às violações de direitos humanos cometidas durante o período militar e a não aplicação da Lei de Anistia, a Corte Suprema reformou decisões de tribunais inferiores que, através de uma interpretação sistemática, reconheceram o compromisso do Estado chileno com tratados internacionais. Ao afastar a aplicação da Lei de Anistia aos perpetradores de tais violações, a Corte de Apelações de Santiago afirmou que “enquanto a lei é um ato jurídico emanado da vontade unilateral de um Estado através dos órgãos co-legisladores, o tratado internacional é um ato jurídico bi ou multilateral que depende da vontade de diversos Estados, e que um Estado-parte não pode unilateralmente deixar sem efeito” (HENRÍQUEZ VIÑAS, 2008, p. 16). Ao reformar tais decisões e assumir uma interpretação reducionista dos tratados internacionais, a Corte Suprema ignorou tanto os dispositivos constitucionais contidos no artigo 5º, § 2, que institui os tratados internacionais como fontes de Direito, quanto no artigo 50, § 1º, que estabelece a integração normativa dos tratados internacionais ao ordenamento interno, como argumentos para a sobreposição dos tratados sobre as leis ordinárias, tendo, portanto, caráter supralegal e infraconstitucional. A CSC, nesse sentido, afasta os tratados internacionais como fontes de Direito e rechaçam a afirmação a sua integração ao ordenamento nacional.

A terceira fase apontada por Henríquez Viñas (2008) perpassa o fato de que, embora a Corte Suprema já tivesse reconhecido a preeminência da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre uma disposição de Direito interno – no artigo 12 da Lei No. 17.322 - relativa à prisão por dívida, no que tange à aplicação da Lei de Anistia, a Corte reafirmou sua tese reducionista quanto à prevalência dos tratados internacionais.

A CSC alternou decisões em casos relativos às violações de Direitos Humanos ocorridas no período compreendido entre 1975 e 1978, ora alegando a impossibilidade de que os tratados de Direitos Humanos sejam aplicados a situações anteriores a sua vigência (Caso Carmelo Soria, 1996), ora argumentando a inferioridade hierárquica dos tratados internacionais quanto à legislação ordinária doméstica (Caso Andrés Pereora Salsberg e outros, 1998).

No Caso Carmelo Soria (1996), embora tenha havido o reconhecimento do dispositivo contido no artigo constitucional do artigo 5º, § 2º, a Corte ressaltou que os instrumentos

internacionais só poderiam ter eficácia para o futuro, sendo incapazes de abranger situações já consolidadas. Reforçando tal posicionamento, no caso *Andrés Pereora Salsberg e outros* (1998), a CSC declarou que não obstante a preeminência dos tratados internacionais, quando conflitantes com “leis de ordem pública”, estas se sobreporiam àquelas. Nesse caso, a Corte considerou a Lei de Anistia, No. 2.191, uma lei de ordem pública e, por isso, sua aplicação não poderia ser afastada no caso em questão.

Uma mudança no entendimento da Corte Suprema chilena é estabelecida a partir do Caso *Poblete Córdova* (1998) em que, embora não tenha havido a condenação de qualquer agente do Estado, vetou-se o arquivamento do caso com base na noção de “crime continuado”. Reconheceram-se os limites à soberania interna do Estado, baseados no preceito constitucional relativo aos direitos na natureza humana; valores superiores a todas as normas e, portanto, indisponíveis pelas autoridades estatais, e mesmo pelo Poder Constituinte. A CSC reconheceu ainda a obrigação de adaptar as normas internas aos tratados internacionais e ressaltou o compromisso assumido pelo Estado chileno em guiar suas ações e compromissos internacionais pelo princípio da boa-fé (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1949). A Corte baseou a não aplicação da Lei de Anistia no compromisso internacional firmado na Convenção de Viena (1949) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1996), ambos ratificados pelo Chile anteriormente à promulgação da Lei de Anistia, No. 2.191 – em 1981 e 1972, respectivamente. Nesse sentido, embora a jurisprudência tenha reconhecido o papel dos tratados internacionais em âmbito doméstico, permaneceu silente em relação a tratados internacionais ratificados posteriormente à promulgação da lei.

Finalmente, a quarta fase citada por *Henríquez Viñas* (2008) inicia-se em 2005, com a condenação do Estado chileno pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Almonacid e outros vs. Chile*. Nesse estágio, a Corte Suprema do Chile já havia reconhecido a hierarquia supralegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos, mas ainda hesitava quanto a sua aplicação a eventos anteriores a sua ratificação. O Caso *Miguel Ángel Sandoval*, de 2005, foi fundamental para consolidar o entendimento a respeito da primazia dos tratados internacionais sobre a legislação ordinária, afastando, definitivamente, a aplicação da Lei de Anistia e reafirmando o compromisso com os Direitos Humanos estabelecidos no artigo 5º, 2, da Constituição chilena. Em 2006, a CSC finalmente afastou a aplicação da Lei de Anistia, no Caso *Molco*, com fundamento no compromisso referente à Convenção Americana de Direitos Humanos, reafirmando a atemporalidade da proteção dos direitos humanos.

A Reforma Constitucional de 2005, portanto, passou a preencher o vazio normativo quanto ao caráter das normas internacionais no âmbito do ordenamento doméstico chileno. Ao estabelecer o controle de constitucionalidade preventivo obrigatório, estimula-se a consolidação da jurisprudência chilena quanto a tais mecanismos. Rojas lança mão de uma interpretação histórica para justificar o caráter constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento jurídico chileno:

Deve ser lembrado que as reformas à Constituição foram propostas depois de ter existido no Chile, por 17 anos, um regime autoritário em que os direitos humanos foram violados de maneira massiva e sistemática. (...) Neste contexto, um objetivo partilhado pela sociedade chilena era assegurar, da melhor maneira possível, um lugar principal para os direitos humanos, dada a importância que seu respeito teria para uma futura democracia estável<sup>40</sup> (ROJAS, 2012, p. 51 – tradução nossa).

Tal análise é de extrema relevância para o presente estudo, tendo em vista que tanto a análise universal quanto doméstica dos direitos humanos não pode ser feita separadamente do contexto de que resultam. Nesse sentido, ao considerar o anterior uso estratégico do ordenamento jurídico pelo regime autoritário chileno, buscar-se-á promover a superioridade das normas internacionais sobre o ordenamento interno, não apenas como garantia futura de que tal modelo não se repita, mas como um mecanismo de rememoração contra o passado de sistemáticas violações.

### ***2.1.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile (2006)***

O Estado chileno foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2006, no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. O caso que versava sobre a execução extrajudicial do militante do Partido Comunista, Luis Alfredo Almonacid Arellano, em 1973, tornou-se emblemático no âmbito da justiça de transição e quanto à afirmação dos tribunais internacionais na proteção de direitos humanos.

Na demanda, o Estado chileno era acusado de violar diversos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como: o artigo 8º, que trata de garantias judiciais; o

---

<sup>40</sup>Tradução livre de: “Hay que se recordar que las reformas a la Constitución fueron propuestas después de haber existido en Chile, durante 17 años, un régimen de gobierno autoritario en el cual los derechos humanos fueron violados de manera masiva é sistemática. (...) En este contexto, uno de los objetivos compartidos por la sociedad chilena era asegurar de la mejor manera posible un sitio principal para los derechos humanos, dada la enorme importancia que su respeto tendría para una futura democracia estable” (ROJAS, 2012, p. 51).

artigo 25º, referente à proteção judicial, o artigo 1.1, quanto à obrigação de respeitar os direitos contidos na carta, e, finalmente, o artigo 2º, quanto ao dever de adotar disposições de direito interno compatíveis com o teor da Convenção.

Para a presente análise, importa compreender o posicionamento da Corte quanto à manutenção em vigor, pelo Estado chileno, do Decreto-lei No. 2.191 – a Lei de Anistia, o que resultaria na violação dos artigos 1.1 e 2º da Convenção. Primeiramente, com o suporte conceitual e jurisprudencial estabelecido pelo Tribunal Internacional Militar de Nuremberg e posteriores convenções que firmaram o entendimento da Comunidade Internacional quanto ao crime de lesa humanidade. A Corte IDH, reconhece, no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a ocorrência de “assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil” (CORTE IDH, 2006, p. 633). No caso em análise, ao reconhecer o contexto de “ditadura militar que, dentro de uma política de Estado encaminhada a causar medo, atacou massiva e sistematicamente a setores da população civil considerados como opositores ao regime”(CORTE IDH, 2006, p. 635), a Corte é conduzida à conclusão de que, como militante e candidato a eleições de oposição pelo Partido Comunista, o crime de execução de Almonacid enquadra-se como crime de lesa humanidade.

Diante de tal constatação, três obrigações impostas ao Estado chileno teriam sido violadas: o dever de revogar a Lei de Anistia; a impossibilidade de manter tal mecanismo legal em vigor após o reconhecimento da competência da Corte Interamericana, em 1990; e, finalmente, o dever de aplicação dos tratados internacionais pelos órgãos judiciais chilenos, com destaque para a Corte Suprema chilena, que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Anistia.

A Corte ressalta a impossibilidade de anistiar-se crimes de lesa humanidade, dada a gravidade com que, sobretudo, afetam a dignidade humana, não apenas da vítima, mas de todo grupo social atingido por tal prática. Nesse sentido, tanto o estatuto do Tribunal para a ex-Iugoslávia (1993), quanto o estatuto do Tribunal para Ruanda (1994) fixam, em seus artigos 29 e 28, respectivamente, a obrigação estatal imposta a todos os Estados membros das Nações Unidas de promover investigações e o processamento dos perpetradores.

Assim, ressalta a Corte IDH que, no momento da confirmação da constitucionalidade do Decreto-lei No. 2192, em 1998, tais estatutos já haviam sido adotados e, portanto, impunha-se a obrigação de “organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira que sejam

capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos” (CORTE IDH, 2006, p. 638).

No Caso *Barrios Altos vs. Peru*(2001), a Corte Interamericana já reconhecera a inadmissibilidade dos mecanismos de anistia sobre crimes de lesa humanidade e, sobretudo, a sua incompatibilidade com os mecanismos estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

São inadmissíveis as leis de anistia, as leis de prescrição e estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis de violações graves dos direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, sendo todas elas proibidas por contrariar os direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos(CORTE IDH 2001, p. 15).

Portanto, a inadmissibilidade estabelecida pela Corte impunha aos Estados signatários o dever de modificação de seus ordenamentos internos a fim de promover-se a adaptação requerida pelo artigo 2º da Carta Americana de Direitos Humanos. Tal dever reveste-se de duplo caráter: primeiro, exige a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que violem as garantias previstas na Convenção; segundo, implica na promulgação de normas e o desenvolvimento de práticas condizentes com a efetiva observância de tais garantias. Nesse sentido, as sistemáticas violações à Convenção foram perpetradas não apenas a partir da inércia legislativa do Estado Chileno, mas também pelo Poder Judiciário, que desde 1998 aplicava a Lei de Anistia a casos trazidos ao seu conhecimento.

Tratam-se, portanto, de violações sistemáticas por dezesseis anos (até 2006, data em que a Corte IDH julgou o caso). A relevância do Judiciário em recepcionar as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos está prevista em cláusula específica e, portanto, reforça a incompetência do Estado Chileno em cumprir com suas obrigações internacionais. O papel exercido pelo Poder Judiciário é singular no que tange à efetivação dos direitos humanos, pois cabe a ele promover a inserção das normas internacionais ao ordenamento interno, afastando mecanismos contrários e estabelecendo o respeito aos compromissos internacionais no âmbito doméstico.

## **2.2 Brasil**

### ***2.2.1 Brasil e a Emenda Constitucional No. 45 de 2004***

O texto original da Constituição de 1988 estabelecia vagamente o papel e a hierarquia dos tratados internacionais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, declarando que princípios e tratados internacionais constituem fontes complementares aos direitos e garantias expressos na constituição (Artigo 1º, §5º). Assim, diante do caráter vago do texto constitucional, o STF atribuiu aos tratados internacionais *status* de lei ordinária.

Finalmente, em 2005, a partir da aprovação da Emenda Constitucional No. 45, o Estado brasileiro optou pela adoção de um sistema disciplinador misto das normas de Direito Internacional. A Emenda Constitucional No. 45/2004, entre outras medidas, introduziu, no artigo 5º da Constituição, provisão que explicita a supraconstitucionalidade das normas de tratados internacionais de Direitos Humanos, além de reconhecer a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

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

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão" (CRFB, 1988).

Com o advento da Emenda Constitucional Nº. 45, no entanto, a exigência de aprovação da medida por *quorum* qualificado – semelhante àquele necessário à aprovação de emendas constitucionais – atribui *status* constitucional a tais normas. Barroso ressalta, no entanto, que tal *status* não afastara a possibilidade de controle de constitucionalidade, que seguira a mesma lógica do controle de emendas: restringe-se à observância de aspectos procedimentais e proteção das cláusulas pétreas (BARROSO, 2012, p. 221).

Por um lado, os tratados internacionais de Direitos Humanos aprovados pelo rito do artigo 5º, § 3º da Constituição da República passaram a ter *status* equivalente a emendas constitucionais. Nesse sentido, aos tratados ratificados anteriormente ao advento da EC 45/2004, restaria a posição hierárquica de norma legal. Contudo, a posição hierárquica dos tratados de Direitos Humanos foi alterado após o posicionamento do STF em 2008. No julgamento dos Recursos Extraordinários 466.343 e 349.703, ambos de 2008, o STF decidiu que “tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos, se não incorporados conforme o rito do artigo 5º, §3, assumem natureza supralegal, paralisando o ordenamento infraconstitucional contrário” (LENZA, 2012, p. 752).

O Estado brasileiro, portanto, extrai das experiências norte-americana e alemã modelos de incorporação que refletem as influências de seu regime constitucional doméstico. Trata-se, portanto, de reconhecer a materialidade constitucional dos tratados de Direitos Humanos, cuja condição é o estabelecimento de requisitos legislativos de ratificação para incorporação dos preceitos internacionais à constituição (TAVARES, 2010, p. 168).

Na prática, o novo entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à suprallegalidade dos tratados anteriores à vigência da Emenda Constitucional No. 45/2004<sup>41</sup> instituiu um novo espaço de discricionariedade em que o Supremo realiza suas escolhas políticas e posterga seu efetivo comprometimento com os preceitos de Direito Internacional. Adiar tal processo, portanto, implica em manter-se em uma zona de conforto formalista (“segurança jurídica”) e ratifica a omissão institucional.

Mesmo antes de tal medida pacificadora da jurisprudência, Flávia Piovesan (2013) já argumentava a favor de uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, o que, segundo ela, naturalmente conduziria à assimilação dos tratados de Direitos Humanos em nível constitucional. Argumenta a autora que uma breve análise do texto constitucional revela que os direitos constitucionais enumerados na CRFB não constituiriam um rol taxativo e, portanto, “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (CRFB, art. 5, § 2º). Não obstante o reconhecimento prévio do legislador constituinte originário quanto à relevância do Direito Internacional na ordem constitucional doméstica, o debate proposto pelo STF insistia na categoria hierárquica que tais normas adquiririam.

Como uma defensora da corrente constitucional internacionalista, Flávia Piovesan ressalta que a interpretação do artigo 5º da Constituição deve ser feita à luz do princípio da máxima eficácia da constituição. Para tanto, a autora enumera três categorias de direitos: (a) os expressos na constituição; (b) os expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, (c) os direitos implícitos, cuja interpretação sistemática e teleológica revelaria o teor não expresso em instrumentos normativos (PIOVESAN, 2013, p. 76).

A distinção entre as duas categorias de fontes normativas internacionais – tratados de Direitos Humanos e tratados de outra natureza - apresenta uma razão clara: enquanto tratados internacionais genéricos tratam prioritariamente de relações entre Estados, os tratados de

---

<sup>41</sup> No mesmo sentido do RE 349.703, RE 466.342-SP, rel. Min. CezarPeluso; HC No. 87.585-TO, Rel. Min. Marco Aurélio; HC No. 92.566-SP, rel. Min. Marco Aurélio.

Direitos Humanos têm como ponto focal a proteção do indivíduo e, portanto, demandam também prioridade nos ordenamentos domésticos.

Portanto, é possível propor que os tratados de Direitos Humanos encontram-se subdivididos em: (a) tratados sobre direitos humanos aprovados pelo disposto no §3º do art.5º, que apresentam hierarquia constitucional; (b) tratados de direitos humanos que aprovados sob quórum diverso daquele exigido pelo §3º, do artigo 5º, que de acordo com a jurisprudência do STF, possuem hierarquia supralegal, estando acima da lei ordinária; (c) Tratados que se incorporam ao Direito interno brasileiro com hierarquia constitucional, por força do §2º, do artigo 5º, de acordo com a argumentação de Flávia Piovesan.

### ***2.2.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010)***

A condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana em 2010 resulta de uma progressiva consolidação da jurisprudência da Corte IDH no âmbito da justiça de transição e, sobretudo, quanto à “incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados” (CORTE IDH, 2010, p. 54).

Uma particularidade se impôs ao caso brasileiro: a concorrência de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ante o Supremo Tribunal Federal brasileiro simultânea ao decorrer do processo internacional. Através da decisão da ADPF 153, que confirmou a legitimidade da Lei de Anistia brasileira, o STF afirmou seu entendimento contrário à consolidada jurisprudência da Corte IDH. Nesse caso, como parte da defesa, o Estado brasileiro juntou ao processo internacional já em andamento, a decisão judicial proferida pelo STF, a fim de demonstrar que a ADPF 153 “respeitou o devido processo legal, foi transparente, permitiu a participação de todos os interessados e garantiu a imparcialidade e independência judicial” (CORTE IDH, 2010, p. 18).

A reclamação proposta perante a Corte Interamericana no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* resulta do desaparecimento, no início da década de 70, de aproximadamente setenta pessoas, membros de um grupo de resistência da Guerrilha do Araguaia. O grupo, além de forte atuação de assistência social na região do Araguaia, representava um cerne de resistência ao regime militar brasileiro, iniciado em 1964, cujo controle político estendeu-se até 1985.

No caso apreciado pela Corte Interamericana, em 2010, o Estado brasileiro foi condenado, por unanimidade, pelo desaparecimento forçado e conseqüente violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3º, 4º, 5º e 7º. Ademais, o Brasil violou ainda os direitos à liberdade de expressão, seja pela falha em fornecer meios adequados de conhecimento sobre a verdade aos familiares das vítimas, seja pela demora processual de vinte e sete anos que excedeu o prazo razoável no julgamento da Ação Ordinária No. 82.00.024682-5, ajuizada pelos familiares, ou ainda pela manutenção de leis que obstruem o acesso a fontes e documentos a respeito do caso. Finalmente, o Estado brasileiro foi condenado pela violação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, pela sua falha em respeitar os direitos consagrados na convenção.

Ao contrário do Chile, o Brasil não foi condenado por violar o artigo 2º, referente ao dever de adotar disposições de direito interno, sobretudo por ter demonstrado a implementação de programas e medidas com escopo de parcialmente reparar e resgatar a memória o que, no entanto, não exclui a obrigação do país de investigar e punir agentes autores de tais crimes.

Dentre as medidas e programas adotados pelo Estado brasileiro no âmbito da justiça de transição, destacam-se: a criação da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, a partir da Lei No. 9.140/95, que “promoveu o reconhecimento oficial de sua responsabilidade pelas mortes e desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar”, além de ter pago indenizações a 59 das supostas vítimas; a publicação do livro “Direito à Memória e à Verdade”, em 2007; bem como o envio ao Congresso Nacional do Projeto de Lei No. 5.228/09, que pauta sobre o acesso à informação pública (CORTE IDH, 2010, p. 11).

Ocorre que tais medidas, embora cobertas de boa-fé, especialmente pelo reconhecimento de sua responsabilidade, não excluem o dever estatal de investigar.

O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumido pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios (CORTE IDH, 2010, p. 52).

Neste sentido, importa reconhecer o empecilho que a vigência de uma Lei de Anistia representa nesse quadro, especialmente por promover a inércia estatal autorizada a partir do limbo jurídico estrategicamente arquitetado pelos perpetradores de tais crimes. Em outras

palavras, considerar a Lei de Anistia uma “lei-medida” ou “acordo político”, como proposto pelo Supremo Tribunal Federal (CORTE IDH, 2010, p. 51) e endossado pelo Poder Executivo em sua defesa ante a Corte IDH, resulta em “contribuir a criar uma atmosfera de impunidade que pode socavar a ordem democrática e dar lugar a outras graves violações de direitos humanos” (CORTE IDH, 2010, p. 57).

A incompatibilidade de leis de anistias com mecanismos de Direito Internacional transcende o Sistema Interamericano e, em nível universal, pode ser confirmada por alguns marcos: pela Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, de Viena (1993); pela Observação Geral No. 31 do Comitê de Direitos Humanos da ONU; e, finalmente, em manifestação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, bem como o TPI para Serra Leoa, segundo apontado pela Corte IDH (2010, p. 54-58). Assim, independentemente do escopo da anistia – sejam elas autoanistias ou anistias gerais e irrestritas, como no caso brasileiro – o intuito de “desresponsabilizar” é inerente a tal mecanismo e, portanto, incompatível com o dever dos Estados de investigar e punir. Como detentores desse dever, inclui-se o Poder Judiciário, com o papel singular de exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana, o que inclui considerar a sua interpretação desenvolvida pela Corte Interamericana.

## **2.3 Uruguai**

### *2.3.1 O conflito entre a soberania popular e os Direitos Humanos no Uruguai*

Embora a constituição uruguaia não tenha apresentado reformas constitucionais pontuais no que tange à incorporação de tratados internacionais de Direitos Humanos, o país conseguiu, nos últimos anos, estabelecer uma jurisprudência condizente com as exigências de proteção e garantia dos Direitos Humanos.

Promulgada em 1967, anteriormente à instauração do regime autoritário, a Constituição uruguaia sofreu três reformas principais: em 1989, no contexto de transição democrática, que afetou primordialmente o regime de seguridade social; em 1997, que estabeleceu uma ampla reforma política, abrangendo modificações no sistema eleitoral, bem como a regulação partidária no país; e, finalmente, em 2004, que incluiu provisões pontuais sobre a proteção do meio ambiente e o direito de acesso à água (CHASQUETTI, 2003). Importa ressaltar que todas as reformas mencionadas tiveram como fundamento democrático

a realização de consultas populares, o que atribui ao contexto constitucional do Uruguai características singulares.

O regime civil-militar instaurado no Uruguai, que durou de 1973 a 1985, foi seguido de eleições livres no ano de 1985 e, no contexto de abertura política, a Suprema Corte de Justiça uruguaia declarou, em 1988, a Lei de Caducidade, No. 15.848, inconstitucional. Nesse sentido, convocou-se um referendo, em 1989, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva uruguaia. O resultado da votação foi a manutenção da vigência da Lei de Caducidade, com uma vitória de 56,65% dos uruguaios. A partir dos anos 2000, com a criação da Comissão de Paz pelo governo uruguaio, um novo cenário de mobilização da sociedade civil contribuiu para a convocação de uma nova votação a respeito da vigência parcial da Lei No. 15.848. Na nova convocatória, propunha-se a anulação dos artigos 1º ao 4º da lei, por via de uma reforma constitucional. Tais dispositivos contêm a principal justificativa da lei: seletividade, impunidade e esquecimento. Estas justificativas se referem: (a) ao caráter seletivo do rol de beneficiados pela caducidade – membros das Forças Armadas e policiais; (b) ao refreamento de investigações que se refiram a casos compreendidos pela lei, obstruindo, portanto, o acesso à justiça; e (c) à submissão à égide do Poder Executivo, matéria de caráter judicial – sobretudo, a investigação judicial.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> A redação original da lei estabelece que:

*“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.*

*Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:*

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;*
- b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico.*

*Artículo 3º.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley.*

*Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.*

*Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.*

*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.*

No referendo de 2009, a manutenção do conteúdo da lei foi a escolha de 48,98% dos uruguaios. Posteriormente, em 2010, a Suprema Corte de Justiça uruguaia reafirmou seu entendimento de 1989, decidindo pela inconstitucionalidade da Lei No. 15.848, com base tanto nos dispositivos constitucionais que ressaltam a relevância dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico uruguaio, quanto nos compromissos internacionais assumidos pelo Estado uruguaio.

De acordo com o artigo 72 da Constituição da República Oriental do Uruguai, a enumeração de direitos, deveres e garantias feitas pela Constituição não exclui outros que são inerentes à personalidade humana ou que derivam da forma republicana de governo. Portanto, em uma interpretação mais recente, a Suprema Corte de Justiça uruguaia reconheceu o *status* constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos, afastando possíveis dúvidas quanto a sua qualificação: “a corporação compartilha da linha de pensamento segundo a qual as convenções internacionais de direitos humanos integram a Carta pela via do art.72, por tratar-se de direitos inerentes à dignidade humana que a comunidade internacional reconhece em tais pactos”<sup>43</sup> (SCJ, 2009, p. 3 – tradução nossa).

O impasse entre a soberania popular, que por duas vezes rechaçou a punibilidade dos perpetradores do Estado responsáveis por violações de direitos humanos, em 1989 e em 2009, foi finalmente resolvido em 2011, quando o Legislativo uruguaio foi capaz de aprovar a Lei No. 18.831, em outubro de 2011, que restabeleceu o pleno exercício da pretensão punitiva do Estado para os delitos cometidos em aplicação do terrorismo de Estado até 1º de março de 1985, compreendidos no artigo 1º da Lei No 15.848, de 22 de dezembro de 1986.

Diversas interpretações atribuem a ausência de reformas constitucionais e judiciais no Uruguai ao processo tardio de justiça de transição. Como se discutirá mais adiante, a submissão do Judiciário uruguaio ao Poder Executivo, estabelecida pela Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva, constituiu um dos maiores entraves à atuação mais ativa daquele poder. Por outro lado, embora haja uma estrutura institucional que resulta na dependência financeira do Judiciário uruguaio - já que não há lei que regule um orçamento independente e

---

*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.” (LEI NO. 15.848, 1985)*

<sup>43</sup>Tradução livre de: “*La corporación comparte la línea de pensamiento según la cual convenciones internacionales de derechos humanos integra a la Carta por la vía del art. 72, por tratarse de derechos inherentes a la dignidad humana que la comunidad internacional reconoce en tales pactos*” (SENTENCIA 665/2009).

desvinculado do Executivo e do Legislativo - haveria uma tradição de independência ideológica dos juízes uruguaios (SKAAR, 2011, p. 449).

A prevalência de interpretações teleológicas e, sobretudo, a compreensão de que a proteção dos direitos humanos constitui uma premissa constitucional, resultou no protagonismo do Judiciário no tardio processo de transição uruguaia. A aprovação da Lei No. 18.831, que tacitamente revogou a Lei de Caducidade, ocorreu aproximadamente oito meses após a condenação do Estado uruguaio pela Corte Interamericana, mas, àquele momento, a Suprema Corte de Justiça uruguaia já colecionava casos que ressaltavam o compromisso internacional do Estado uruguaio, bem como o empecilho à justiça e à memória que a Lei de Caducidade representava. Essa lei, portanto, mais do que ratifica a supremacia dos Direitos Humanos sobre a vontade da maioria, visto que também soluciona as disparidades resultantes do quadro normativo seletivo e desigual da aplicação da lei, especialmente pelo efeito *inter partes* que o reconhecimento pela Suprema Corte de Justiça sobre a inconstitucionalidade da Lei de Caducidade teve.

### 2.3.2 A condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Gelman vs. Uruguai (2011)*

A condenação do Estado uruguaio pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apresenta uma singularidade quando comparada com aos casos chileno e brasileiro: o Estado uruguaio, desde a sua primeira manifestação no curso do *Caso Gelman vs. Uruguai (2006)*, reconheceu a sua responsabilidade pelas alegações apresentadas pelo autor. A Corte IDH concluiu que o Estado uruguaio, no âmbito da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, foi responsável pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal, à liberdade, à família, ao nome, dos direitos da criança e à nacionalidade. Já no âmbito da Convenção Americana dos Direitos Humanos, o Uruguai violou os artigos 8.1, 25.1 e 1.1, combinado com o artigo 2º da Carta, referentes a garantias judiciais, proteção judicial e à obrigação de respeitar os direitos contidos na Carta, respectivamente. Por sua incompetência em adequar o Direito interno aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, mantendo a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado - Lei No. 15.848 - vigente, o Estado Uruguaio violou o artigo 2º da Convenção Americana que diz respeito à adoção de medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à efetivação dos direitos e liberdades contidos na Convenção.

O caso, decidido pela Corte IDH em 2011, versa sobre o desaparecimento forçado da cidadã de nacionalidade argentina, Maria Claudia Garcia Iruretagoyena de Gelman. Ao final do ano de 1976, Maria Claudia Gelman e seu marido teriam sido detidos em Buenos Aires, Argentina, por autoridades argentinas e encaminhados à força à capital uruguaia, Montevideu. O autor do caso perante a Corte IDH, Juan Gelman, tido como possível filho biológico da desaparecida, teria nascido durante o período em que Maria Claudia Gelman esteve sob o poder dos agentes uruguaios e, em seguida, separado de sua mãe biológica. Toda a ação articulada entre os regimes argentino e uruguaio fazia parte da “Operação Condor”.

Este caso é de particular importância histórica porque os fatos começaram a ser perpetrados em colaboração com autoridades argentinas em um contexto de prática sistemática de detenção arbitrária, tortura, execuções e desaparecimentos perpetrados pelas forças de segurança e inteligência da ditadura uruguaia, no marco da doutrina da segurança nacional e da "Operação Condor" (CORTE IDH, 2011, p. 15 – tradução nossa).<sup>44</sup>

Com programas de ação em três principais áreas, a Operação Condor teve como principal característica a articulação dos governos autoritários dos países do cone sul em: atividades de vigilância política de dissidentes exilados ou refugiados; operações de contra insurgência; e, finalmente, ações conjuntas de extermínio de indivíduos e grupos considerados subversivos (CORTE IDH, 2011, p. 18).

Tendo em vista a ratificação realizada pelo Uruguai da Carta Americana de Direitos Humanos e da Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado, a Corte IDH manifestou-se pela responsabilidade do Uruguai, por sua inércia em anular a Lei de Caducidade e por não oferecer mecanismos judiciais efetivos às vítimas. No Caso Gelman, o caso trazido ao conhecimento dos tribunais uruguaios foi arquivado em decorrência da prescrição do crime.

No âmbito administrativo, o Estado Uruguaio criou, a partir da Resolução da Presidência da República No. 858/2000, a Comissão para a Paz, que investigou o caso de desaparecidos políticos do período do regime ditatorial uruguaio, compreendido entre 1975 e 1983. Entre os casos investigados, encontra-se o de Maria Claudia Garcia Iruretagoyena de

---

<sup>44</sup>Tradução livre: “*El presente caso reviste una particular trascendencia histórica, pues los hechos comenzaron a perpetrarse en colaboración con autoridades argentinas en un contexto de práctica sistemática de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la dictadura uruguaya, en el marco de la doctrina de seguridad nacional y de la ‘Operación Cóndor’*” (CORTE IDH, 2011, p. 15).

Gelman. Os resultados e conclusões da Comissão, no entanto, não apresentam caráter vinculativo no âmbito dos tribunais uruguaios.

Embora o Poder Judiciário exerça um papel de protagonista quanto à incorporação dos preceitos de direitos humanos internacionais ao ordenamento interno, no caso do Uruguai, a confiança nos procedimentos de representação democrática - diretos e indiretos –moldaram o processo de transição de maneira singular.

Em 2009, através da sentença No. 365, de 2009, a Suprema Corte de Justiça uruguaia reconheceu a ilegitimidade da Lei de Caducidade, com base no entendimento de que “o limite da decisão da maioria reside, essencialmente, em duas coisas: a tutela dos direitos fundamentais (...) e a sujeição dos poderes públicos a lei”. A decisão da Suprema Corte de Justiça uruguaia contraria decisão anterior do mesmo tribunal, de 1989, que a declarou constitucional, bem como a vontade popular da maioria, que rechaçou a invalidade da lei via referendo, em 1989, e negou a reforma constitucional, via plebiscito, em 2009. Apesar do devido controle de convencionalidade exercido pela SCJ, ao posicionar-se contrária à validade da Lei de Caducidade, para que seus efeitos fossem suspensos, a atuação do Poder Legislativo fazia-se necessária, ou mesmo a consulta popular.

O caso do Uruguai, portanto, ao contrário dos casos das anistias brasileira e chilena, que decorrem de acordos celebrados em condições de desigualdade de armas entre opressores e oprimidos, apresenta caráter singular, dada a aprovação da Lei No. 15.848, em 1986, que ocorreu já no contexto de reforma política e com a ratificação popular.

Para a Corte IDH, “o fato de que a Lei de Caducidade tenha sido aprovada em um regime democrático e ainda ratificada ou respaldada pela cidadania em duas ocasiões não lhe concede automaticamente nem por si mesma legitimidade ante o Direito Internacional” (CORTE IDH, 2010, 27). Tal entendimento implica em mitigar ou suprimir direitos também consagrados no âmbito dos direitos humanos e priorizar direitos sobre princípios democráticos. Significa, em última análise, priorizar direitos individuais sobre a vontade da maioria e, sobretudo, mitigar, além da soberania estatal, a soberania popular.

### **3 A ATUAÇÃO DAS CORTES SUPREMAS NAS DITADURAS E DEMOCRACIAS LATINO-AMERICANAS**

Os estudos dos processos de justiça de transição em países da América Latina recorrentemente tratam o histórico de autoritarismo das ditaduras civis-militares e as atuais medidas de transição de maneira isolada, negligenciando o papel das instituições que hoje definem e executam as medidas de transição -processando os perpetradores, revelando a verdade, concedendo reparação, reformando instituições perpetradoras ou promovendo a conciliação.

Assim, considerar o papel que as diversas instituições civis, militares, públicas ou privadas, exerceram durante os regimes autoritários constitui estágio indispensável para compreender os entraves e resistências que são colocados a essas medidas em nível político e institucional. Especialmente no Brasil, onde as medidas de conciliação iniciam-se tardiamente se comparado ao caso argentino, por exemplo, compreender os obstáculos que refrearam a instauração de políticas de justiça de transição e, principalmente, o debate a respeito da Lei de Anistia, faz-se imprescindível.

É patente também que o desenvolvimento do Direito Internacional nas últimas duas décadas, sobretudo sob a influência de organizações e tratados internacionais, foi imprescindível para que os países latino-americanos desenvolvessem ou aperfeiçoassem suas políticas voltadas aos direitos humanos e, sobretudo, sua relação com o passado de autoritarismo e sistemáticas violações de direitos humanos.

A inegável preponderância das cortes constitucionais nacionais e seu papel de destaque a partir do movimento de intensa judicialização da política revelam a importância da análise de suas decisões no âmbito da justiça de transição. Nos três países em análise, verificaram-se entraves à recepção das normas internacionais, especialmente sob a justificativa de violação da soberania dos Estados, no que tange à contradição material entre as ordens domésticas e internacionais; e, quanto aos aspectos procedimentais, a alegação de exclusividade de competência do Legislativo para promover alterações nesse quadro.

Ocorre que, o processo de judicialização da política na América Latina intensificou-se nos últimos anos especialmente sob a justificativa de um Executivo omissivo e de um Legislativo moroso a fim de cumprir com as obrigações estatais abraçadas pela Constituição. Hirschl (2006) descreve três fases que definiriam o processo de judicialização da política: a primeira, através da judicialização das relações sociais, por meio da proteção das liberdades civis contra abusos estatais; a segunda, seria marcada pela arbitragem internacional, predominantemente realizada por organizações internacionais sobre o setor privado; finalmente, na terceira fase, a interferência do Judiciário recairia sobre o que ele chama de “mega-política”. Nessa última fase, a atuação do Judiciário interviria sobre controvérsias que definem diretrizes públicas como um todo, tais como processos eleitorais, planejamento macroeconômico e dilemas fundamentais de justiça restaurativa. É sobre essa construção que se baseia a próxima seção. A partir da compreensão de que tais fases não ocorreram cronologicamente isoladas, os processos de judicialização envolvem aspectos internos de proteção dos direitos fundamentais consagrados em um Estado de Direito, combinada à influência de organismos internacionais em ascensão e progressivamente mais influentes, e, finalmente, influenciando a elaboração de políticas públicas e instrumentos normativos reciprocamente.

Nesse sentido, Chile, Brasil e Uruguai apresentam similares históricos de ditaduras civil-militares que, muito embora tenham sido dissolvidas por meios distintos, como abordado anteriormente, deixaram legados legislativos que obstaculizam investigações e eventuais punições dos agentes envolvidos, além do não comprometimento institucional de seus órgãos

internos, com destaque, nesta análise, para a atuação (ou eventual omissão) do Poder Judiciário.

Durante o período de consolidação democrática inicial, o envolvimento judicial afeta reformas Institucionais, agência social, vontade política judicial e a receptividade aos avanços do Direito Internacional. Essas variáveis "intermediárias" são, por sua vez, cruciais para explicar a evolução que ocorre em estágios de pós justiça de transição. Quando a responsabilidade por repressão não só recai sobre forças militares e policiais, mas afeta o sistema judicial também, juízes e procuradores tendem a ser relutantes em aprovar medidas punitivas contra os repressores<sup>45</sup>(AGUILAR, 2013, p. 2 - tradução nossa).

Para este estudo, portanto, importa compreender como a atuação do Poder Judiciário, nos regimes autoritários, influencia a atuação democrática dos tribunais, tanto nos períodos de transição, como na consolidação das democracias latino-americanas. Aguilar (2013, p. 2) sugere que o nível de comprometimento judicial na repressão autoritária implicaria na incapacidade das cortes em promover mecanismos de justiça transicional a partir da falência dos regimes autoritários.<sup>46</sup> O caso das transições tardias, como o Brasil, demanda uma análise bem mais apurada; primeiro, pela particularidade das negociações que precederam a dissolução dos regimes militares; segundo, pelo processo de transformação institucional por que passaram esses Estados, especialmente pela transformação de seu Judiciário e pela acentuação do ativismo judicial nas últimas duas décadas. Nesse sentido, Pereira afirma que “a razão para o estudo de legalidade autoritária e julgamentos políticos é que eles permitem-nos construir uma imagem mais detalhada de como exatamente a lei foi manipulada, distorcida e abusada - ou mantida inalterada - sob o autoritarismo”<sup>47</sup>(PEREIRA, 2005, p. 7 - tradução nossa).

É importante salientar, no entanto, que as pesquisas realizadas até o momento a respeito do papel exercido pelo Poder Judiciário em

---

<sup>45</sup>Tradução livre de: “*During the initial democratic consolidation period, judicial involvement impacts on institutional reforms, social agency, political determination judicial will and receptivity to advances in international law. These “intermediary” variables are, in turn, crucial to explaining developments that occur in post-TJ stages. When liability for repression not only falls on military and police forces but also implicates the judicial system, judges and prosecutors tend to be reluctant to approve punitive measures against repressors*” (AGUILAR, 2013, p. 2).

<sup>46</sup> Aguilar (2013) desenvolve um estudo a partir da análise da atuação do Poder Judiciário em três países: Argentina, Chile e Espanha. Ao confrontar tal análise às políticas implementadas no âmbito da Justiça de Transição, a autora conclui que quanto mais direto o envolvimento do Judiciário na repressão autoritária, menos provável que se estabeleça responsabilização judicial ou medidas de busca da verdade no período democrático.

<sup>47</sup>Tradução livre de: “*(...) the reason for studying authoritarian legality and political trials is that they allow us to construct more detailed picture of exactly how the law was manipulated, distorted, and abused – or maintained unchanged – under authoritarianism*” (PEREIRA, 2005, p. 7).

Portanto, constitui um elemento relevante, previamente à análise das decisões de suas cortes constitucionais, o esclarecimento do papel exercido pelo Poder Judiciário durante o período ditatorial no Chile, Brasil e Uruguai, a fim de compreender em que medida o Poder Judiciário compromete-se com os novos preceitos democráticos de seus Estados.

No seio dos regimes autoritários, o Poder Judiciário constituiria um mecanismo legitimador de promoção do cumprimento formal das ações autoritárias. Eventualmente, os tribunais atuariam ativamente sob ordem dos comandos ditatoriais, mas sua principal função seria a legitimação das medidas antiliberais sob a égide da legalidade. Assim, Moustafa (2014, p. 284-286) descreve cinco meios pelos quais o Judiciário realiza a validação de tais regimes.

Primeiro, ao decidir o Direito. A independência e politização do Judiciário serviriam como um meio de exercer o controle político através do Direito, especialmente quanto à regulação de leis sobre partidos políticos, organizações civis, sindicatos e regulação da mídia.

O segundo mecanismo apontado pelo autor é a disciplina administrativa. Ao autorizar o acesso à justiça, tais regimes disseminam a lógica de disciplina que se pretende implementar, especialmente no âmbito da Administração Pública. Ao creditar os tribunais como centros de decisões independentes e distintos de sanções arbitrárias, o regime autoritário dissemina, através das decisões judiciais, suas diretrizes a partir de um “método que estimula a eficiência da burocracia” (MOUSTAFA, 2014, p. 284).

A manutenção da coesão das elites apoiadoras do regime autoritário também seria um objetivo da atuação das cortes. Assim, através de suas decisões, as cortes estabeleceriam regras de divisão de poder a fim de neutralizar disputas, estabilizar a oposição e prolongar a duração do regime.<sup>48</sup> Na mesma argumentação, as instituições judiciais serviriam também como infraestrutura econômica, facilitando uma economia de mercado funcional e um ambiente de investimento competitivo.

Os tribunais também constituiriam entraves autoritários ao regular conflitos políticos, fortalecendo forças sociopolíticas hegemônicas. Esse caso seria recorrente, por exemplo, na regulação de controvérsias eleitorais ou partidárias. Os tribunais também seriam escolhidos por líderes dos poderes autoritários como órgãos delegados de decisões políticas. Logo, no

---

<sup>48</sup>Moustafa (2014) destaca que a Constituição chilena e o Tribunal Constitucional foram desenhados para arbitrar o poder entre os quatro ramos do comando militar. Já no Brasil, houve a institucionalização da rotação de poder e de limites do poder presidencial, a fim de evitar que o regime tomasse forma de um comando autoritário de caráter pessoal.

caso de questões delicadas que teriam repercussão sobre a opinião pública e, principalmente, na performance eleitoral de seus líderes, o Judiciário atuaria como um poder supostamente independente na tomada de decisão.

Finalmente, os tribunais promoveriam a legitimidade e o arcabouço jurídico dos regimes autoritários através da execução de mecanismos de responsabilização pública. Trata-se de depositar sobre o Poder Judiciário os anseios de uma democracia procedimental através do uso da retórica do Estado de Direito. Moustafa (2007, p. 15) destaca que, frequentemente, tal uso só é feito quando o apoio popular passa a não ser suficiente para sustentar o regime autoritário.

Garoupa e Maldonado (2009), ao abordarem o papel do Judiciário nas transições políticas, destacam entre as particularidades latino-americanas, o desenvolvimento histórico do formalismo jurídico no âmbito do Poder Judiciário. Os autores destacam a controvérsia existente na freqüente presunção de que transições políticas necessariamente deveriam alterar a composição do Judiciário. Tal suposição, no entanto, ignoraria o fato de que empoderar o Judiciário, em certa medida, poderia estender a duração do regime ou mesmo evitar perdas bruscas de poder. Nesse sentido, a composição do Poder Judiciário em ascensão poderia ser freqüentemente utilizada pelos atores do regime autoritário como um método de legitimação no curso do regime, ou mesmo de amenização dos efeitos da transição política (GAROUPA e MALDONADO, 2009, p. 604). Trata-se não apenas de servir ou submeter-se ao comando do poder autoritário, mas também promover meios da “judicialização da política autoritária” (MOUSTAFA, 2014, p. 288).

Nesse quadro, contribuiriam, primeiro, o intrínseco formalismo contido do sistema jurídico romano-germânico - *civil law* - e, segundo, o legado histórico das colonizações portuguesa e espanhola, que acentuaram o formalismo estrito e não crítico, bem como a hierarquia nas decisões. Assim, a exposição das novas repúblicas latino-americanas ao autoritarismo dos impérios europeus teria constituído o Judiciário como mero intérprete e submetido ao poder central de suas coroas, impedindo assim a formação de instituições mais críticas. A herança dos tempos coloniais e a centralização do controle do governo enfraqueceram o sistema de *checks and balances* e propiciaram o uso do Poder Judiciário como uma ferramenta de controle sobre as colônias. O mesmo ocorreu em Portugal.

A administração da justiça era uma questão para os governos locais assistidos por um organismo legal da região (*ouvidor-geral da comarca*). Tribunais superiores foram estabelecidos em 1608 (*Tribunal da Relação do Estado do Brasil, Bahia*) e

1751 (*Tribunal da Relação do Rio de Janeiro* para o Sul, enquanto que a suprema corte anterior tinha jurisdição sobre o norte). Estes tribunais superiores foram presididos pelo *Governador-Geral* do Brasil para defender a Coroa Portuguesa. O último tribunal de recurso foi a corte do rei em Lisboa (*Casa da Suplicação de Lisboa*). Com a transferência da corte para o Rio, em 1808, a mais alta corte do reino foi dividida ao meio, a corte do rei em Lisboa tinha jurisdição sobre Portugal e a corte do rei no Rio (*Casa da Suplicação do Rio*) tinha jurisdição sobre o Brasil. O último foi o embrião da Corte Suprema do Brasil, inaugurada em 1829 após o Brasil estabelecer a independência em 1822<sup>49</sup> (GAROUPA e MALDONADO, 2009, p. 611 - tradução nossa).

Tal composição estritamente formalista do Judiciário possivelmente daria origem a interpretações de leis do novo regime a partir de princípios de Direito antigos, que não foram ab-rogados ou revogados (GAROUPA e MALDONADO, 2009, p. 609).

Argumenta-se, no entanto, que o perfil burocrático e formalista resultante tanto da tradição jurídica do *civil law*, como pela herança institucional colonial, teriam sido amenizados pela influência do constitucionalismo norte-americano no século XX e, inegavelmente, pela politização e ativismo judiciais. Por exemplo, a existência e o amplo acesso, em muitos dos países latino-americanos, a recursos abstratos e concretos de revisão de constitucionalidade demonstram o alto nível de politização existente nesses Estados.

Independentemente do perfil de cada Judiciário nos regimes militares, fato relevante aqui é que todos eles, de alguma forma, estabeleceram um consenso com as lideranças militares, de modo a instituir uma “repressão judicializada” (PEREIRA, 2005, p. 13). Como observou Pereira:

Sob uma repressão judicializada, advogados de defesa e grupos de oposição da sociedade civil podem defender os princípios democráticos em algum grau, mesmo se esta oportunidade é altamente restrita. Onde os militares vêem o Judiciário com desconfiança ou hostilidade, por outro lado, é provável usurpar as funções judiciais e intervir em processos judiciais puramente militares<sup>50</sup> (PEREIRA, 2005, p. 13 - tradução nossa).

---

<sup>49</sup>Tradução livre de: “*The administration of justice was a matter for the local governors assisted by a judicial body (ouvidor-geral da comarca). Higher courts were established in 1608 (Tribunal da Relação do Estado do Brasil, Bahia) and 1751 (Tribunal da Relação do Rio de Janeiro for the South, whereas the previous high court had jurisdiction over the north). These higher courts were chaired by the governador-general of Brazil to defend the Portuguese crown. The final court of appeal was the king’s court in Lisbon (Casa da Suplicação de Lisboa). With the transfer of the royal court to Rio in 1808, the highest court of the kingdom was divided in half, the king’s court in Lisbon had jurisdiction over Portugal and the king’s court in Rio (Casa da Suplicação de Rio) had jurisdiction over Brazil. The latter was the embryo of the Brazilian Supreme Court, inaugurated in 1829 after Brazil established independence in 1822*” (GAROUPA e MALDONADO, 2009, p. 611).

<sup>50</sup>Tradução livre de: “*Under judicialized repression, defence lawyers and civil society opposition groups can defend democratic principles to some degree, even if this opportunity is highly constricted. Where the military views the judiciary with suspicion or outright hostility, on the other hand, it is likely to usurp judicial functions and engage in purely military court proceedings*” (PEREIRA, 2005, p. 13).

Trata-se, portanto, de reconhecer e identificar em que escala tal aderência implicou na validação do autoritarismo pelo formalismo do Estado de Direito então vigente, para então entender em que extensão o atual Judiciário é influenciado por tal processo em países como Chile, Brasil e Uruguai.

### **3.1 Chile**

#### *3.1.1 A Corte Suprema do Chile durante o regime militar*

O golpe de 1973 dado pela Junta Militar de Governo foi seguido pelo fechamento e dissolução do Congresso; no entanto, o Poder Judiciário foi o único dos três poderes que se manteve funcionando sem qualquer tipo de intervenção ou dissolução durante todo o período ditatorial (CNVC, 1996, p. 85).

O sistema repressivo chileno foi caracterizado pela autonomia e pela seletiva capacidade punitiva dos tribunais militares. O regime militar chileno incluiu a suspensão da constituição, a declaração do estado de sítio e a execução de centenas de pessoas sem julgamento. Ademais, a transferência de competência de tribunais civis para tribunais militares ocorreu durante cinco entre nove anos do regime militar chileno (PEREIRA, 2005, p. 7). Ao contrário do caso brasileiro, no Chile, os procedimentos formais e também o acesso à Corte Suprema foram obstruídos. Isso porque a Justiça Militar de primeira instância foi mantida separadamente dos tribunais civis. Os tribunais militares chilenos apenas eventualmente incluíam juízes civis, e o Ministério Público era sempre composto de agentes militares, conforme aponta Pereira (2005).

Ademais, outras ações da Corte Suprema agravaram o quadro de violações de direitos humanos como, por exemplo, a decisão de não revisar as decisões de tribunais militares em tempos de guerra (CNVC, 1996, p. 86). Ao escusar-se de sua competência revisória e supervisória estabelecida pelo artigo 82 da Constituição, a Corte Suprema do Chile criou um sistema judicial dual. O artigo 82 estabelece que: “a Corte Suprema tem a supervisão diretiva, correccional e supervisão econômica de todos os tribunais desta nação. O Tribunal Constitucional, o Tribunal Eleitoral e os tribunais regionais eleitorais estão isentos desta regra”<sup>51</sup> (tradução nossa). Ao omitir-se ante as sistemáticas violações de direitos humanos em

---

<sup>51</sup>Tradução livre de: “*La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de*

prática por agentes do Estado, a Corte Suprema do Chile criou um sistema judicial dual: casos civis e criminais que não afetavam as faculdades extraordinárias dos militares foram adjudicados de acordo com a lei dentro do sistema ordinário de justiça, enquanto que “crimes políticos” – quando e se processados – eram conduzidos pelas forças armadas em seus próprios tribunais, sem qualquer possibilidade de recurso ante a Corte Suprema (BARROS, 2002, p. 132).

Nessa análise, o primeiro recurso que sofreu prejuízo dado tal posicionamento da Corte Suprema foram os “recursos de queixa”, que eram resultado de reclamações relativas aos tribunais militares, estabelecidos sobre a forma de “Conselhos de Guerra”. A partir de sistemática denegação de tais recursos, com base no entendimento de que se tratavam de assuntos referentes ao Executivo, a Corte Suprema ignorou diversos vícios processuais e irregularidades na apreciação dos casos trazidos a tais conselhos, como: condenações sem descrição dos atos constitutivos do crime ou da prova utilizada para incriminar o condenado; aplicação retroativa de penas mais severas correspondentes a atos cometidos previamente à constituição dos Conselhos de Guerra; convicções baseadas apenas na confissão dos condenados; negligência quanto a circunstâncias atenuantes; recusa ao depoimento de testemunhas de defesa; e uso de provas obtidas por órgãos sem capacidade investigativa (BARROS, 2002, p. 139).

Assim, a Corte Suprema afastou qualquer possibilidade de reparação às irregularidades processuais cometidas no âmbito da Justiça Militar. Essa situação foi agravada ao longo do regime militar e pela promulgação de diversos decretos que ora estabeleciam regras procedimentais que sanavam o oferecimento de recursos a vítimas de tais violações, ora criminalizavam práticas referentes a defesas de direitos fundamentais. Os Decretos No. 228, de 1974, e o No. 951, de 1977, por exemplo, ampliaram o rol de autoridades autorizadas a realizar prisões administrativas com a dispensa da Ordem Prévia de Arresto. O primeiro passou a autorizar tais detenções sob a ordem da “Junta de Governo”, via Ministério do Interior, e o segundo estendeu a arbitrariedade a ações de todos os intendentes, o que abrangia, sobretudo, as agências DINA – Direção de Inteligência Nacional e a CNI – Central Nacional de Informações. Dessa maneira, havia uma base legal para justificar a denegação dos pedidos de *habeas corpus* por detenções arbitrárias promovidas por esses órgãos. Por

---

*Elecciones y los tribunales electorales regionales*” (CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE, 1980)

outro lado, o Decreto-lei No. 77, de 1973, banuiu e dissolveu os partidos políticos de esquerda, tornando-os associações ilegais.

Esse sistema dual estabelecido pela omissão da Corte Suprema resultou em sérios prejuízos ao recurso de amparo. Embora o Judiciário chileno tenha adotado outras medidas que, pela sujeição estrita à legalidade, tenham favorecido o regime e as sistemáticas violações de direitos humanos, o seu posicionamento a respeito do uso de *habeas corpus* constituiu um dos principais desfalques à manutenção do Estado de Direito. O relatório da Comissão Nacional de Verdade e Conciliação chilena (1996) descreve a participação do Poder Judiciário como aparentemente legal em suas atribuições e autonomia, mas com uma realidade muito diferente fomentada por duas razões: porque havia simpatia dos membros da Corte Suprema ao novo regime; e porque resultava inútil controlar a legalidade de quem poderia alterá-la arbitrariamente. A aparente independência do Judiciário foi formalizada pela declaração de que a Junta “garantirá a plena eficácia das atribuições do Poder Judiciário e respeitará a Constituição e as leis da República, na medida em que ela se propõe”, presente no Decreto-lei No. 1, de 11 de setembro de 1973.

No período imediatamente posterior ao golpe, a Corte Suprema chilena decidiu pela impossibilidade de revisão das decisões emitidas pelos tribunais militares em tempo de guerra. Ademais, durante toda a década de setenta, denegaram-se pedidos de *habeas corpus* – o recurso de amparo – de maneira sistemática. Tal construção argumentativa baseou-se no dispositivo contido no artigo 4º do Código Orgânico dos Tribunais, que estabelece que “ao Judiciário é proibido misturar-se nas competências de outras autoridades públicas e, em geral, exercer nenhuma outra função do que aqueles determinados nos artigos anteriores”<sup>52</sup> (tradução nossa). Nesse sentido, a jurisprudência construída durante a década de setenta apontava para a impossibilidade de investigações ou intervenção do Poder Judiciário nos casos que lhe eram trazidos em face de violações perpetradas por agentes do Estado chileno, pois essas ações resultariam na violação do princípio da separação de poderes. A violação de outros preceitos e garantias também contribuiu para as sistemáticas violações de direitos, como a não observância do princípio da imediatez (ACTA CONSTITUCIONAL No. 3, 1976) que determina a obrigatória apreciação pelo juiz dentro do prazo de 24 horas de casos de detenções, além da não observância do requisito de emissão de “Ordem Prévia de Arresto”,

---

<sup>52</sup>Tradução livre de: “*Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes*”(CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES, 1943).

uma espécie de ordem judicial (CNVC, 1996, p. 89). Barros (2002) chega a citar a ocasião em que o Ministro da Justiça, Miguel Schweitzer, apresentava uma proposta de transferência de competência dos recursos de amparo aos tribunais militares. Embora o intento não tenha se efetivado, tal posicionamento demonstra a vulnerabilidade dos remédios legais de proteção de liberdades e direitos fundamentais.

Aguilar (2013) afirma que o sistema judicial chileno teve mais independência que outros tribunais latino-americanos sob o controle de governos militares, pois estava claramente alinhado com a ditadura. Ao tratar os juízes com moderação e respeito, Pinochet teria garantido colaboração e condescendência, já que os membros subversivos foram expurgados, a exemplo do que houve com a Corte Suprema, que foi expandida para garantir a maioria nas decisões (AGUILAR, 2013). No entanto, o estado de arbitrariedade autorizado pelo Judiciário acentuou as violações de direitos humanos ocorridas durante o período ditatorial chileno. Em um dos recursos de *habeas corpus* submetido à Corte Suprema, o órgão afirmou que “assim como a própria prisão e sua duração (em estado de sítio) dependem do critério exclusivo do Judiciário, assim também é lógico que dependa da mesma autoridade a forma que se cumpre, ao admitir o estado de incomunicabilidade de um preso por período superior àquele estipulado em lei” (CNVC, 1996, p. 90 – tradução nossa).

Entre 1973 e 1978, mais de seis mil casos foram processados pelos tribunais militares chilenos sob diversas irregularidades procedimentais e sem a possibilidade de revisão pela Corte Suprema. Por outro lado, números da Comissão Valech, de 2011, indicam um total de 40.280 vítimas oficiais entre executados, desaparecidos e torturados, no período compreendido entre 1973 e 1990. No caso chileno, embora não tenha havido interferência direta na composição e decisões da Corte Suprema, a omissão do Poder Judiciário combinada ao sólido arcabouço normativo estabelecido a fim de legitimar o regime de exceção resultou em uma profunda cisão com o Estado de Direito e num dos regimes numericamente mais atroz em relação às violações de direitos humanos.

### 3.1.2 A Corte Suprema do Chile é o julgamento do Caso Miguel Ángel Sandoval (2004)

O julgamento do Caso Ángel Sandoval foi precedido por um movimento de intensa pressão política internacional. Com a prisão de Augusto Pinochet, em 1998, abriu-se no Chile um novo ciclo de debates a respeito da Lei de Anistia. Ocorre que, desta vez, os debates saíram das agendas de ativistas de direitos humanos, para incorporarem-se aos debates entre

os militares também envolvidos nas violações de direitos humanos do período ditatorial. Pinochet foi preso sob uma ordem judicial emitida pela Audiência Nacional da Espanha, e executada na Inglaterra. A ordem resultava de ações ajuizadas por famílias de vítimas a respeito de crimes de lesa-humanidade, o que, portanto, foi submetido ao princípio da extraterritorialidade.

Em 2004, a Corte Suprema chilena julgou o caso relativo ao desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval. Em 1975, Sandoval foi detido por agentes da polícia secreta chilena e foi mantido detido em um acampamento oculto, em Santiago do Chile, onde foi torturado; desde então teve seu paradeiro desconhecido. Sandoval compõe também um grupo de 119 desaparecidos que foram falsamente anunciados pela polícia secreta como “encontrados sem vida” em território Argentino, meses após o seu desaparecimento (CNVC, 1996, p. 109).

A apelação trazida à Corte Suprema chilena resulta da decisão de primeira instância que afastou a aplicação do Decreto-lei No. 2.191, a Lei de Anistia, e condenou os ex-agentes da polícia secreta chilena: Juan Manuel Guillermo Contreras Sepúlveda, Marcelo Luis Manuel Moren Brito, Miguel Krassnoff Martchenko, Fernando Eduardo Laureani Maturana y Gerardo Ernesto Godoy. Contreras, por sua vez, teve atuação ativa durante o regime militar chileno junto ao coronel Augusto Pinochet.

Anteriormente, no Caso Carmelo Soria Espinoza, também relativo ao desaparecimento forçado de um agente diplomático perpetrado por agentes do Estado chileno. À época, discutiu-se o teor hierárquico da Convenção da ONU sobre a Prevenção e Punição de Crimes Contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos, de 1977, cujo artigo 2º estabelece que “todo Estado-parte fará com que tais crimes sejam passíveis de punição mediante penas apropriadas, as quais levem em conta a natureza grave dos mesmos”. Naquela oportunidade, a Corte Suprema firmou o entendimento quanto à supremacia do Direito doméstico sobre o tratado internacional, sem questionar a categoria de violação de direitos humanos em questão.

Tal posicionamento corroborou para um comunicado da Comissão Interamericana, em 1998, reprovando o posicionamento da Corte Suprema e reafirmando a incompatibilidade da manutenção da Lei de Anistia com as obrigações de Direito Internacional assumidas pelo Estado chileno. A recomendação de reforma legal a partir da revogação da Lei de Anistia foi refreada pelo Chile, sob a justificativa de que:

o Poder Executivo carece de competência para proclamar, por si mesmo, a nulidade de preceitos legais que tenham sido reconhecidos como válidos por outros poderes

públicos (...) as iniciativas legais relativas a anistias só podem ter origem no Senado, ramo em que o Governo carece de maioria, por efeito de sua integração com pessoas não eleitas por votação popular (CORTE IADH, 1998).

Em 2004, ao reavaliar questão similar, por meio da decisão do caso No. 517-04, relativo ao desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval, o novo cenário internacional referente aos mecanismos de proteção de direitos humanos fez com que, forçosamente, o Tribunal chileno incluísse em sua pauta o caráter das violações de direitos humanos.

O foco da defesa dos agentes acusados de perpetrar o desaparecimento revestia-se de caráter duplo: por um lado, intentava-se a desqualificação do crime como desaparecimento forçado, alegando-se a ocorrência do tipo penal “seqüestro permanente”. Ao enquadrar-se o crime no âmbito do ordenamento doméstico chileno, inevitavelmente extinguir-se-ia a punibilidade, dada a prescrição do ilícito penal. Por outro, buscava-se reafirmar a legitimidade e aplicabilidade do Decreto-lei No. 2.191, ao caso em debate, dada a casualidade de sua elaboração, que compreende os crimes ocorridos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, e, portanto, excluiria um crime de caráter permanente cujos efeitos extrapolariam tal lapso temporal estabelecido no artigo 1º da lei:

Artigo 1. Concede-se anistia a todas as pessoas que, na qualidade de autores, cúmplices ou encobridores são culpados de atos criminosos durante a vigência do estado de situação de sítio, compreendida entre 11 setembro de 1973 e 10 de março de 1978, desde que não se encontrem atualmente sendo julgadas ou condenadas<sup>53</sup> (DECRETO-LEI 2.191, 1978 - tradução nossa).

O primeiro argumento pretendia afastar a espécie de crime internacional de desaparecimento forçado, a fim de obstar a aplicação do gênero crime contra a humanidade, já que diferentes mecanismos internacionais já reafirmaram a imprescritibilidade de tal categoria, tais como o Estatuto do Tribunal de Nuremberg (1945) e o Estatuto de Roma (1998). No caso do Estado chileno, à época da decisão doméstica, o único instrumento internacional ratificado pelo mesmo, relativo ao desaparecimento de pessoas, era o Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais. Dessa forma, os recorrentes reclamavam a não aplicabilidade desse instrumento, dado que “não são aplicáveis a situações de tensões internas e distúrbios interiores” (CORTE SUPREMA, 2004, p. 11 – tradução nossa). Por outro lado,

---

<sup>53</sup>Tradução livre de: “*Artículo 1º. Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas*” (DECRETO LEY 2.191, 1978).

dado que o Estado chileno não ratificara o Estatuto de Roma até a data do julgamento - e somente o fez em 2009 -, os recorrentes alegaram a inaplicabilidade da imprescritibilidade do crime, pois o instrumento aplicável ao caso, complementarmente - os Estatutos do Tribunal de Nuremberg - apresentam caráter meramente programático.

O segundo argumento apresentado pela defesa dos agentes do Estado envolvidos no desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval repousava sobre a validade do DL No. 2.191, a Lei de Anistia. Nesse sentido, os apelantes alegavam que “a Lei de Anistia se inspirou na necessidade de conceder solução legal a um problema extraordinário que se produziu, entre muitos outros, em circunstâncias que a sociedade se desenvolvia excepcionalmente em um completo regime de extra legalidade” (CORTE SUPREMA, 2004, p. 6). Dessa maneira, os recorrentes tentavam argumentar um Estado de total anomia jurídica, a fim de equiparar os agentes do Estado perpetradores das violações de direitos humanos e suas vítimas.

A Corte chilena, não apenas afastou a qualificação do desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval como um crime de seqüestro, como impediu a aplicação da Lei de Anistia ao caso com base no caráter permanente do crime de desaparecimento, cujos efeitos perdurariam até os dias de hoje, já que nenhuma investigação, até aquele momento, teria resultado em um parecer preciso sobre o paradeiro da vítima. Nesse sentido, importa ressaltar que, não obstante as alegações quanto à inexistência de instrumentos internacionais aplicáveis ao caso, a resolução No. 47/133, aprovada em 18 de dezembro de 1992, já estabelecia que “todo ato de desaparecimento forçado será considerado delito permanente, enquanto seus autores continuem ocultando o destino e o paradeiro da pessoa desaparecida e enquanto não se tenham esclarecido os fatos” (Artigo 17). Nesse sentido, confirmou a Corte chilena:

Em outras palavras, embora o decreto-lei em questão tenha expressamente indicado que estão anistiados por atos cometidos entre 11 de setembro de 1973 e 10 de março de 1978, o crime nos autos começou a ser perpetrado em 07 de janeiro de 1975 e desde 21 de Janeiro do mesmo ano, não se teve mais notícia da vítima, tendo certeza de que em 10 de março de 1978, data do término do período contemplado pelo artigo 1º do Decreto-lei No. 2.191, Sandoval Rodriguez não tinha aparecido e não se tinham notícias dele, ou o local onde os seus restos mortais foram encontrados, em caso de sua morte ter ocorrido, causada por seqüestradores ou outros sujeitos, o que torna inaplicável a anistia alegada, uma vez que o seqüestro perpetrado continuou após o término do período de tempo coberto por esta causa de extensão de responsabilidade.Criminal<sup>54</sup>(CORTE SUPREMA, 2004, p. 17 – tradução nossa).

---

<sup>54</sup>Tradução livre de: “*En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la*

Assim, a Corte Suprema do Chile rechaçou o recurso apresentado pelos agentes do Estado acusados de participação no desaparecimento de Miguel Ángel Sandoval. Embora o tribunal ainda não tenha reconhecido o caráter de crime contra a humanidade, o que constituiria um passo adicional quanto ao processo interno de justiça de transição, a mera qualificação como “seqüestro qualificado” e o conseqüente afastamento da aplicação da Lei de Anistia contribuíram para a mitigação da impunidade até então resultante dos casos trazidos ao Judiciário chileno.

Levando-se em conta a natureza permanente do crime de seqüestro, uma vez que, tal como expressa na doutrina e, repetidamente, a jurisprudência de nossos tribunais superiores, é um "estado criminoso que continua em âmbito temporal, desde que o bem jurídico legalmente afetado, nele persistam em ação e resultado"<sup>55</sup> (CORTE SUPREMA, 2004, p. 13).

Embora o tribunal chileno tenha dado um passo importante ao considerar o tipo penal do artigo 141 do Código Penal (seqüestro), correspondente ao tipo penal descrito no artigo 2º da Convenção Americana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, o não reconhecimento do crime contra humanidade obstou o desenvolvimento de jurisprudência que incluísse outras violações de direitos humanos, tais como a tortura. Nesse sentido, o caso Miguel Ángel Sandoval corroborou para a renovação da jurisprudência e para futuras decisões que resultaram em condenações sistemáticas de agentes perpetradores de tais violações de direitos humanos. Mas um marco jurisprudencial no âmbito da justiça de transição chilena iria ocorrer apenas em 2006, após a sua condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Finalmente, em setembro 2006, aproximadamente três meses após a condenação do Estado chileno pela Corte IDH no Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, a Corte Suprema do Chile não apenas afastou a aplicação do Decreto-lei No. 2.191 no Caso Molco (Rol No. 559/2004), como reconheceu a forçosa complacência devida às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste caso, a Corte chilena decidiu sobre um recurso de

---

*víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1o. del D.L. 2.191, Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal” (CORTE IADH, 2004, p. 17).*

<sup>55</sup>Tradução livre de: “*Habida consideración del carácter permanente del delito de secuestro, puesto que, como lo expresa la doctrina y, reiteradamente, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, se trata de un “estado delictuoso que se prolonga en el ámbito temporal mientras subsista la lesión del bien jurídico afectado, en él han persistido la acción y el resultado” (CORTE SUPREMA, p. 13).*

apelação apresentada pelos agentes dos militares condenados pelo homicídio premeditado de dois membros do Movimento de Esquerda Revolucionária, Hugo Rivol Vásquez e Mario Edmundo Superby Jeldres. A fim de afastar argumento de prescrição da ação penal, a CSC fez referência às Convenções de Genebra Relativas ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra e à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, ambas de 1949, bem como à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 1988. A Corte ressaltou que o compromisso do Estado Chileno com tais instrumentos decorre de sua mera condição de membro das Nações Unidas o que gera, portanto, obrigações vinculantes. E, finalmente, a Corte Suprema chilena reafirmou o compromisso *ius cogens* estabelecido pelo Estado do Chile no âmbito do Sistema Interamericano, não apenas como uma obrigação negativa de vedar sua ocorrência, mas também como uma obrigação positiva de promover a punição de seus perpetradores (CORTE SUPREMA, 2006, p. 12).

Que, como resolvido na Corte Interamericana de Derechos Humanos, os crimes contra a humanidade incluem a comissão de atos desumanos, como o assassinato, cometidos num contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, bastando “um só ato cometido por um perpetrador” em tal contexto, sem que seja necessário que este cometa “numerosas ofensas para ser considerado responsável”<sup>56</sup> (tradução nossa).

Nesse sentido, a Corte Suprema do Chile consolidou sua jurisprudência quanto aos casos de violações de direitos humanos cometidas durante o período militar e confirmou seu compromisso com os preceitos internacionais - com destaque para as diretrizes estabelecidas pela Corte Interamericana - iniciando a adaptação de sua jurisprudência em um lapso temporal de apenas três meses.

## 3.2 Brasil

### 3.2.1 O Supremo Tribunal Federal durante o regime militar

A participação do Judiciário quanto à legalização do regime autoritário estruturou-se sobretudo quanto aos movimentos dissidentes e de oposição. Pereira (2005, p. 76) afirma que apenas 12,5% de todos os crimes em sede de recurso levados ao Superior Tribunal Militar –

---

<sup>56</sup>Tradução livre de: “Que, como lo ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, bastando “un solo acto cometido por un perpetrador” e tal contexto, sin que sea necesario que éste cometa “numerosas ofensas para ser considerado responsable” (CORTE SUPREMA DE CHILE, 2006, p. 12, p. 12)

em um universo de 7.367 casos - constituíam ações violentas e/ou armadas, enquanto que cerca de 40% dos crimes atribuídos aos apelantes referiam-se ao pertencimento a uma organização banida, e outros aproximadamente 12% diziam respeito a participações em grupos ou movimentos de massa.

O aparato político-jurídico criado pelo regime militar constituiu uma estrutura institucional marcada pela cooperação civil-militar: procedimentos públicos e lentos, além de ampla latitude para os advogados e seus aliados da sociedade civil caracterizaram a repressão. Os tribunais militares foram as instituições-chave na “validação” da perseguição, condenando dissidentes políticos e oponentes em tempos de paz, sem mesmo suspender a constituição (PEREIRA, 2005, p. 7).

Promotores civis trabalhavam no Ministério Público Militar e preparavam casos para julgamento, enquanto que juízes civis também eram servidores civis que tomavam posse a partir de relações pessoais com oficiais militares. Ambos ingressavam na carreira pública a partir de exames admissionais, mas uma das características da posição dos juízes era a alternância do cargo a cada três meses, entre civis e militares, segundo aponta Pereira (2005, p. 75).

O acesso ao Supremo por meio de recursos foi admitido durante todo o período ditatorial. No entanto, seu pronunciamento quanto a violações de direitos humanos sofreu significativas alterações conforme o curso do regime. A partir de 1968, por exemplo, com a edição do AI-5 e a suspensão do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, tais recursos passaram a não mais serem reconhecidos pelo Supremo, o que afetou profundamente o âmbito de atuação da corte constitucional (CNV, 2014, p. 935).

Assim, a independência do STF nos julgamentos é frequentemente defendida pela literatura no assunto, como afirmam Pereira (2005), reafirmando o dissenso entre as decisões de tribunais de primeira instância e as revisões promovidas pela alta corte. No entanto, o relatório da Comissão Nacional da Verdade (2014) aponta para a existência de um “comportamento errático” do STF, “ora se declarando incompetente para julgar *habeas corpus* impetrados por adversários do regime militar; ora julgando e deferindo os pedidos” (CNV, 2014, p. 935).

Pereira (2005) chega a afirmar a existência de uma tendência anticíclica nas decisões judiciais quando confrontadas com as medidas adotadas pelo poder central, “moderando as

tendências políticas e emitindo decisões para mitigar a ferocidade das fases anteriores da repressão” (PEREIRA, 2005, p. 82).

Swesson Jr. (2006) analisa o índice de concessões de *habeas corpus* e sua evolução no período compreendido entre 1964 e 1968, de acordo com a composição de ministros do STF, bem como o aparato normativo de exceção baseado nos diversos atos institucionais. O autor constata que, ainda que a Corte fosse composta parcialmente por indicações do regime militar, até 1967, os ministros da Corte apresentavam um perfil liberal, o que pode ser observado pela ampla concessão de *habeas corpus*. O ministro Lins e Silva - que mais tarde seria afastado com amparo do AI-5 -, esclarece o ideal que permeava a Corte nesse período em uma declaração:

Nós [ministros do STF] nunca decidimos um processo contra a Revolução em si, contra o movimento militar, nos decidíamos de acordo com a Constituição: ninguém podia ficar preso além do prazo legal, ser perseguido politicamente se não havia cometido crime. O supremo cumpriu rigorosamente a Constituição da República (LINS E SILVA, 1997, p. 386 apud SWESSON JR., 2006, p. 63).

De acordo com Swesson Jr. (2006, p. 78), o biênio 1964-1965 compreendeu a fase mais liberal da Corte em que, além da sistemática concessão de *habeas corpus*, a mesma era também caracterizada pela ampla concordância entre os ministros. O biênio 1966-1967, por sua vez, seria marcado pelo baixo número de casos submetidos à Corte, sobretudo pela multiplicação dos Inquéritos Policiais-Militares (IPM) contendo vícios processuais sistemáticos que impediriam sua chegada à última instância. Finalmente, em 1967, com a abertura de cinco novas vagas promovidas pelo AI-2, bem como a aposentadoria de cinco outros ministros – Pedro Chaves, Candido Mota filho, Hahnemann Guimarães, Ribeiro da Costa e Antônio Vilas Boas e Medeiros Silva (sendo a última compulsória) - reestabeleceu-se uma nova linha decisória no STF (SWESSON JR., 2006, p. 91).

Com o advento do AI-5 e a suspensão do remédio constitucional *habeas corpus*, os recursos criminais passaram a ser o principal meio de acesso ao STF por vítimas de violações de garantias individuais pelos agentes do regime autoritário. No entanto, após o afastamento de magistrados pelo AI-5, em 1968, e a redução do número total pelo AI-6, 1969, já contava com a maioria a favor do regime autoritário (CNV, 2014, p. 944).

Até 1968, os diversos argumentos utilizados pelo STF incluíam destacadamente a defesa da liberdade de pensamento, o uso do foro privilegiado, bem como a liberdade de imprensa (SWESSON JR. 2006, p. 84). Com a promulgação do Ato Institucional nº 5, em

1968, estabelece-se uma reconfiguração legislativo-institucional quanto às garantias individuais. No entanto, até o ano de 1969, ainda era possível identificar resquícios do teor liberal das decisões, mesmo em meio ao domínio numérico do regime militar sobre o STF.

Na composição do STF, posteriormente ao Ato Institucional nº 5, destacavam-se como representantes “liberais” – ou, sob outra perspectiva, ministros comprometidos com o respeito aos direitos fundamentais e com a constituição – os Ministros Aliomar Balleiro, Aduccio Lucio Cardoso e Bilac Pinto Xavier de Albuquerque. Mesmo numericamente desfavorecidos, tais ministros conduziram precedentes louváveis dado o contexto de alta repressão, cujos argumentos indicavam que “defender ideias contrárias ao regime não era crime”; por isso, argumentavam pela defesa da redução de penas para crimes de subversão e até mesmo o reconhecimento da prática de tortura por agentes do regime militar (SWESSON JR., 2006, p. 116).

Nesta análise, observa-se que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro ofereceu significativa resistência ao regime autoritário. Mesmo com limitados mecanismos, dadas as diversas alterações legislativas promovidas pelo regime militar, o STF, ao apegar-se à proteção constitucional, estabeleceu ferramentas argumentativas que favoreceram as liberdades individuais e garantias fundamentais. Como resposta a tal ascensão liberal, os três ministros supracitados foram aposentados, como medida extrema pela incapacidade do regime em lidar com as decisões que o desafiavam. Assim, as denúncias de violações de direitos humanos foram relatadas ao Supremo, especialmente no período pós-1968, quando a prática repressiva foi intensificada. Como destaca, em seu relatório, a Comissão Nacional da Verdade:

Em alguns acórdãos acima mencionados, a prática de tortura por agentes do Estado foi expressamente admitida por ministros no contexto dos debates a respeito das provas admissíveis para a condenação de pessoas pela prática de crimes contra a segurança nacional, sem que se determinasse que fossem investigadas as denúncias de torturas (CNV, 2014, p. 947).

Como observado por Pereira (2005, p. 77), a proteção judicial oferecida pelo STF causou um efeito refratário na estrutura repressiva: impossibilitados de contar com o STF como um aliado ao regime, a repressão não oficial intensificou-se, especialmente quanto aos desaparecimentos forçados e às práticas de tortura. Como medida complementar ao aparelho repressivo, a prática de aposentadoria forçada dos ministros que contestassem a ordem vigente enfraqueceu a existência de uma oposição ao regime entre os ministros do STF, reforçando a “legalidade autoritária” (PEREIRA, 2005 p. 70) estabelecida no período.

### 3.2.2 O Supremo Tribunal Federal e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental No. 153 (2010)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) No. 153, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, foi fundamental para estabelecer parâmetros decisórios à Corte Interamericana. Dado que o curso da ADPF se deu concomitantemente ao processo de submissão e apreciação do Caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil* ante a Corte IDH, a decisão final da ação doméstica foi crucial para o entendimento da Corte internacional. O STF emitiu sua decisão final quanto à compatibilidade da Lei de Anistia, Lei No. 6.683/79, com a Constituição em 29 de abril de 2010, enquanto a Corte Interamericana condenou o Brasil e declarou a Lei de Anistia brasileira incompatível com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos em 24 de novembro do mesmo ano:

Dada a sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil (CORTE IDH, 2010, p. 65).

Nesse sentido, há uma particularidade do caso brasileiro, quando comparado aos processos de justiça de transição motivados por decisões internacionais. O Brasil ao contrário do Chile e do Uruguai, decidiu sobre a legitimidade da Lei de Anistia no âmbito de uma ação abstrata, trazida à corte suprema com o intuito específico de questionar a Lei de Anistia. Ao mesmo tempo, à época da propositura da ADPF, a Corte Interamericana já dispunha de um considerável rol de decisões que reforçavam a incompatibilidade de leis de Anistia com conteúdo da Carta Americana, como nos casos *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), *Barrios Altos vs. Perú* (2001), *La Cantuta vs. Perú* (2006), *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006), entre outros.

Anteriormente ao ajuizamento da ADPF 153 pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em diversas oportunidades, vítimas e parentes de vítimas do regime militar recorreram ao Judiciário em busca de esclarecimentos sobre crimes e abusos de autoridade. Nesse sentido, dois casos assumiram relevância e, não obstante seu arquivamento, dada a aplicação da Lei de Anistia, eles trouxeram ao debate público a necessidade de se discutir a manutenção da Lei de Anistia brasileira. O Ministério Público de São Paulo abriu, em 1992,

um inquérito civil para, a partir de novas evidências, apurar a morte do jornalista Vladimir Herzog, que ocorreu nas dependências do DOI/CODI, em 1975, supostamente em decorrência de suicídio. O caso foi arquivado pela Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo e a decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* No. 131.798-3/2, TJ/SP). O Ministério Público de São Paulo, em 1996, também se empenhou na reabertura das investigações sobre o atentado com bomba ao Riocentro, de 1981, arquivado pelo Superior Tribunal Militar a partir da aplicação da Lei de Anistia (Representação No. 1.067/DF) (BREGA FILHO, 2009, p. 167).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui um instrumento de controle concentrado de constitucionalidade consagrada na Constituição Federal de 1988, §1º, dentre os instrumentos sob a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar a ação, bem como os atores legitimados a propô-la. São eles: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (artigo 103 da Constituição).

Ademais, a Lei No. 9.882 de 1999 traça o objeto da ADPF:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

A ADPF, portanto, tem caráter mais abrangente quando comparada a outros instrumentos de controle de constitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois tem o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de atos do Poder Público, normativos ou não, pré-constitucionais ou já revogados (MORAES, 2000, p. 2). Um ponto fundamental relativo ao caráter desse recurso é a produção de efeito *erga omnes*, o que, na prática vincula outros órgãos estatais

Ao propor a ADPF, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pretendia “saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar” (STF, 2010, p. 2). Em outras palavras, a OAB questionava a amplitude da anistia concedida no âmbito da Lei No. 6.683, que engloba uma categoria obscura de crime definida como “crimes conexos”, que, em prática, estende-se a agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, como estabelecido no § 1º do artigo 1º da Lei:

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

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

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

§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.

Torelly (2010, p. 280) argumenta que a razão pela qual a OAB não questionou a validade da lei em sua totalidade seria o “paradoxo da vitória de todos”, a partir do qual de um lado, encontra-se a incapacidade de modificação do senso comum estabelecido pelo regime de repressão a respeito dos crimes cometidos por aqueles que resistiram à opressão; por outro, a consideração do grande empreendimento político e histórico que significou a aprovação da anistia em 1979. Ocorre que, freqüentemente, interpretações descontextualizadas desse binômio equiparam a resistência à repressão organizada e institucionalizada promovida por agentes de Estado, como se sugeriu na decisão da ADPF 153. O foco do pedido da OAB, portanto, concentra-se na conversão de “anistia para a liberdade” em “anistia para a impunidade”.

Na argumentação da proponente, crimes políticos ou crimes conexos não se estenderiam aos crimes comuns praticados por agentes da repressão. Nesse sentido, em primeiro lugar, a OAB afirma que “nem todos são iguais perante a lei em matéria de anistia criminal”. Em outras palavras, a suposta anistia “ampla e geral”, na proposição da ADPF, é compreendida como um meio de violação do princípio da isonomia, já que obstruiu o acesso

de vítimas e suas famílias de saber a verdadeira identidade de seus algozes. Haveria um déficit de igualdade contido na suposta objetividade da lei.

Em segundo lugar, haveria um déficit democrático na elaboração de uma lei sob um corpo legislativo manipulado (Senadores Biônicos) e com o aval de um chefe de Estado que conduzia o regime repressor (o Chefe das Forças Armadas). Assim, “para produzir o efeito de anistia de agentes públicos que cometeram crimes contra o povo, deveria ser legitimado, após a entrada em vigor da atual Constituição, pelo órgão legislativo oriundo de eleições livres, ou então diretamente pelo povo soberano, mediante referendo” (STF, 2010, p. 23). Nesse sentido, a argüente traz ao debate um elemento amplamente discutido tanto em âmbito internacional, como em outros ordenamentos latino-americanos que lançaram mão de leis de anistia como meio de levar a cabo seus processos de transição para a democracia, a chamada autoanistia. A ratificação democrática, seja por meio de Poderes Legislativos livres e independentes, ou por consultas diretas à população, supriria tal déficit democrático no âmbito dos processos transicionais. A suposta “transição conciliada” (STF, 2010, p. 57), estabelecida no âmbito das negociações da referida lei, ocorreu numa condição de completa desigualdade de armas, pois “no suposto acordo político, jamais revelado à opinião pública, a anistia aos responsáveis por delitos de opinião serviu de biombo para encobrir a concessão de impunidade aos criminosos oficiais, que agiam em nome do Estado, ou seja, por conta de todo o povo brasileiro” (STF, 2010, p. 25)

Finalmente, a argüente questionava os prejuízos à verdade histórica que decorrem do uso de uma Lei de Anistia que indiscriminadamente equipara crimes cometidos por opressores e oprimidos, já que “para além da discussão acerca da punibilidade, (o Estado democrático) precisa posicionar-se sobre a afirmação e concretização do direito fundamental à verdade histórica”, já que em decorrência dos sistemáticos indeferimentos de demandas trazidas ao conhecimento do Judiciário, vítimas e seus familiares têm obstruído o seu direito de investigações efetivas que levem ao conhecimento de seus algozes.

No que tange ao argumento de violação da isonomia causada pela amplidão do escopo da Lei No. 6.683, a Lei de Anistia, a Corte entendeu que o caráter “bilateral” e “recíproco” da Lei de Anistia (STF, 2010, p. 29 e 36) teria resultado na inclusão da categoria de crimes comuns no escopo da lei. Isso porque, a distinção existente entre as práticas de agentes do Estado e opositores do governo recai sobre o fato que “os crimes praticados por agentes públicos contra opositores políticos (...) durante o regime militar seriam crimes comuns” enquanto que os crimes praticados por os crimes praticados por opositores do regime “eram

crimes contra a segurança nacional e ordem política e social [decreto-lei 314/67, decreto-lei 898/69 e Lei No. 6.620/78]” (STF, 2010, p. 32). Em outras palavras, o STF utiliza-se dos instrumentos legais decorrentes do aparelho repressivo para equiparar opressores e oprimidos. Ademais, a Corte brasileira acusa a OAB de apresentar argumentos que extrapolam os limites do Direito e revestem-se de caráter político (STF, 2010, p. 25), no entanto, a própria Corte lança mão de tal categoria quando insiste no argumento da objetividade da anistia (STF, 2010, p. 20). Nesse sentido, o STF alega que a categoria de crimes conexos pretende abranger os crimes comuns cometidos por agentes públicos e, ao contrário das motivações dos opositores ao regime, supostamente revestiam-se de neutralidade política.

A suposta objetividade da Lei de Anistia, argumentada pelo STF, é utilizada para qualificá-la como a categoria normativa de “lei-medida”. Na argumentação da Corte, “a lei-medida consubstancia um comando concreto revestindo a forma de norma geral, mas traz em si mesma o resultado específico pretendido, ao qual se dirige, é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material; é lei não norma” (STF, 2010, p. 51). Nessa argumentação, o STF pretende demonstrar o caráter de “ato administrativo completável por agente da Administração” (STF, 2010, p. 44) que coexiste com a “objetividade” e “amplitude heterodoxa” da anistia (STF, 2010, p. 55). Há, portanto, uma contradição fundamental em tal argumentação dado que atos administrativos constituem “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição que, sob regime de Direito Público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 86). Assim, uma vez que decorrem de atos de vontade, devem ser justificados e comprometidos com o interesse público, o que, ao contrário, resultaria na sua sujeição ao controle judicial.

Finalmente, ao estender o formalismo estrito à análise histórica da anistia brasileira isolada no tempo, a Corte justifica a validade da lei pela suposta ratificação da Lei de Anistia pela Emenda Constitucional No. 26, de 1985. Nessa argumentação, a EC 26/85 teria ratificado a Lei No. 6.683/79 brasileira ao reafirmar a anistia no contexto de convocação de Assembleia Constituinte. A tese de que a nova ordem constitucional teria sido inaugurada a partir de tal chamado e, portanto, resultado na “constitucionalização” da anistia é descontextualizada, dado que o efetivo marco de mudança na ordem política decorre a partir da eleição da Assembleia Constituinte. O clima de continuidade que ainda pairava sobre os movimentos políticos em 1985 resultou na preponderância daqueles que ainda detinham o poder sobre aqueles que sofreram os efeitos do uso da força nos anos anteriores.

Ao apreciar a Lei de Anistia apenas quanto a sua extensão jurídica e alcance fático, o STF reafirma sua inércia política e sua dissintonia com os preceitos internacionais, sobretudo *standards* de proteção dos direitos humanos. A falha do STF em cumprir com seu dever de realizar a análise da compatibilidade dos atos internos em face às normas internacionais em seguida foi identificada pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Ocorre que complementarmente ao controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana, impõe-se a todos os órgãos e agentes do Estado a obrigação de realizar o controle de convencionalidade de matriz nacional, também denominado provisório ou preliminar (RAMOS, 2014, p. 386). As conseqüências da hierarquia institucional que caracteriza o Judiciário brasileiro são entraves a que outros juízos incorporem decisões da Corte Interamericana, já que estas contrariam o julgado do STF. No entanto, não obstante a decisão do STF, impõe-se ao Ministério Público, ao Poder Executivo, Poder Legislativo e, em especial, a outras instâncias do Judiciário o dever de realizar esse duplo controle, que também deve incluir a jurisprudência da Corte IADH.

### **3.3 Uruguai**

#### *3.3.1 A Suprema Corte de Justiça durante o regime militar*

O papel do Poder Judiciário no Uruguai durante o período ditatorial difere daquele que ocorreu sob a égide dos regimes militares no Chile e no Brasil. Tal fato foi resultado primordialmente de dois fatores: primeiro, devido à sua atuação ativa e combativa no período anterior ao golpe militar; segundo, pela quase total anulação da atuação do Poder Judiciário após a promulgação da Lei de Seguridade do Estado e Ordem Interna, a Lei No. 140.068, de 1972.

Embora a efetivação do golpe tenha ocorrido apenas em junho de 1973, com o fechamento do Senado e Câmara dos deputados do Uruguai, a articulação política militar já estava em curso desde o ano anterior. A declaração do Estado de Guerra Interno, em abril de 1972, foi fundamental para sacramentar a subordinação da Justiça Civil ao Poder Judiciário, já que o artigo 253 da Constituição estabelece a subsidiariedade da Justiça Militar ante a Justiça

Civil, como segue: “a jurisdição militar fica limitada aos delitos militares e ao caso de estado de guerra”<sup>57</sup>.

Portanto, a declaração do estado de guerra constituiu elemento fundamental para a mitigação da atuação do Poder Judiciário por via constitucional. Padrós (2012), ao analisar comunicados da Junta dos Comandantes uruguaios, identifica algumas das críticas feitas à desconexão entre Justiça Civil e as Forças Armadas, entre as quais estava o excesso de burocratização do processo penal, em que se incluía a proteção de direitos fundamentais; e a impossibilidade de utilização de informações obtidas nos centros de detenção, recorrentemente acometidas de vícios procedimentais e violações da integridade e dignidade dos detidos.

No Relatório *Uruguay Nunca Más* (SERVICIO DE PAZ Y JUSTICIA, 1989) são listados diversos casos judiciais em que a Suprema Corte de Justiça posicionou-se contrariamente à ordem vigente no período anterior à promulgação da Lei de Seguridade. Em diferentes ocasiões, a Corte manifestou-se quanto à inafastabilidade do remédio constitucional de *habeas corpus* por ações do Poder Executivo, referindo-se à tentativa de interferência do Ministro do Interior em processos que envolviam agentes do Estado; sobre a pressão das agências de inteligência do Estado para promover prisões e diligências contra inimigos-chave do regime militar tidos como “subversivos”; a respeito do uso de provas obtidas em prisões ou centro de detenções; e pela realização do serviço de polícia sem o cumprimento das formalidades legais.

Em resumo, o Poder Judiciário, especialmente por meio da Suprema Corte, no período que precedeu a promulgação da Lei de Seguridade, fez claro o seu posicionamento contrário às interferências do Poder Executivo em matérias judiciais e, sobretudo, a sua preocupação quanto às tentativas de suspensão de direitos e liberdades fundamentais. Em resolução administrativa de 3 de março de 1972, a Corte declarou que: “este Poder criou uma jurisdição paralela, que pretende ser superior e prevalente à ordem vigente instituída, como faculdade privativa do Poder Judiciário. Desse modo, se subvertem textos e princípios fundamentais daquela ordem que rege as garantias individuais, o devido processo e, obviamente, os da

---

<sup>57</sup>Tradução livre de: “*La jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra*” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAI, de 1967).

devida separação de Poder do Estado”<sup>58</sup>(SERVICIO PAZ Y JUSTICIA, 1989, p. 24 – tradução nossa).

A Lei de Seguridade de 1972, assim, realiza o desejo de primazia que pairava sobre os militares nos processamentos judiciais, conforme explicita Padrós (2012):

Ao submeter a Justiça Civil à Justiça Militar, o processo penal virava uma peça legitimadora inserida na lógica de guerra interna imposta à sociedade pelas Forças Armadas. A Justiça deixava de ser um outro campo de batalha entre os setores de oposição e o governo para transformar-se em instrumento de repressão contra aquele (PADRÓS, 2012, p. 474 – tradução nossa).

A negligência quanto aos sistemáticos vícios procedimentais passou a ser um elemento intrínseco aos processos judiciais realizados ante aos tribunais militares. Assim, a criação do “expediente submerso” somente materializou as irregularidades correntes em tais tribunais. O expediente submerso passou a ser elemento integrante do processo que era composto paralelamente ao expediente público – único processo disponível para a defesa. Assim, o expediente submerso continha todas as informações obtidas pelos serviços de inteligência, que só eram reveladas à defesa no momento de pronunciamento ou mesmo na sentença.

Particularmente quanto aos pedidos de *habeas corpus*, fixados no artigo 17 da Constituição uruguaia, as irregularidades exacerbaram-se após a transferência de competência aos tribunais militares. Com respeito aos prazos estabelecidos no artigo 16 da Constituição estabelece que nos casos de detenções em que não haja flagrante ou ordem judicial, os detidos deverão ser trazidos ao juiz no prazo de vinte e quatro horas e processados no prazo de quarenta e oito horas. No entanto, o relatório *Uruguay Nunca Más* relata que no biênio que precedeu a promulgação da Lei de Seguridade, 17% dos casos eram processados dentro de 48 horas. No biênio posterior à promulgação da lei (1972-1974), apenas 4% das passagens pelo juiz foram processadas em até quarenta e oito horas. Esse índice chegou a 0% no biênio 1978-1980. Por outro lado, neste último período, 57% dos casos foram apreciados em períodos de um a três meses.

Finalmente, o advento da Lei No. 14.493 de 1975, com caráter retroativo, permitiu a revisão de todos os casos compreendidos como crimes contra a segurança nacional, do Código Penal Militar, independente da época em que foram cometidos. Na prática, afastou-se

---

<sup>58</sup>Tradução livre de: “Este Poder ha creado una jurisdicción paralela, que pretende superior y prevalente sobre la instituida por el orden vigente, como facultad privativa de Poder Judicial. De este modo se subvierten textos y principios fundamentales de aquel orden que rigen las garantías individuales, el debido proceso y, obviamente, los de la debida separación de Poder del Estado” (SERVICIOS DE PAZ Y JUSTICIA, 1989, p. 24).

a competência residual da Suprema Corte de Justiça que ainda tratava de casos anteriores à Lei de Seguridade, e que foi forçada a transferir toda a competência judicial à Justiça Militar. Dessa forma, o Judiciário do Uruguai, quando comparado aos Judiciários brasileiro e chileno, apresentou maior resistência previamente ao acirramento da repressão militar, mas teve a sua função reduzida a um Poder quase simbólico, absolutamente suprimido ao arbítrio militar durante o período ditatorial.

### *3.3.2 A Suprema Corte de Justiça e a exceção de constitucionalidade decorrente do Caso Sabalsagaray Curutchet (2009)*

As reclamações que chegaram ao Judiciário a respeito de crimes e abusos cometidos durante o período da ditadura militar uruguaia foram bem menos numerosas do que no Chile e no Brasil. Por outro lado, os poucos casos que foram apreciados pelo Judiciário foram, sistematicamente, refreados pelo Poder Executivo, que tinha competência para decidir pelo prosseguimento das investigações, conforme determina a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado - Lei No. 15.848, de 1986. Nesse sentido, até 2005, o Estado uruguaio optou pela primazia das ações de reparação em detrimento da verdade, mantendo a justiça de transição, sobretudo, na esfera política.<sup>59</sup>

A condenação do ex-Ministro das Relações Exteriores, Juan Carlos Blanco, em 2002, resultou em uma mudança no entendimento do Judiciário uruguaio. O ex-Ministro foi condenado pelo desaparecimento de Elena Quinteros, com base em uma manobra jurídica fundada no fato de que a função de ministro não estaria abrangida pela Lei de Caducidade, dado que o texto legal faz menção a policiais e militares, o que excluiria outras posições. Até aquele momento, os argumentos utilizados pelos juízes a fim de contornar a aplicação da Lei de Caducidade restringiam-se ao âmbito doméstico, dada a pouca exposição do Judiciário uruguaio à jurisprudência internacional.

O Estado Uruguaio estabeleceu sua jurisprudência sobre a inconstitucionalidade de sua Lei de Caducidade no âmbito de uma ação de controle de constitucionalidade incidental. O caso que deu origem à declaração de inconstitucionalidade da referida lei decorre da denúncia de Blanca Sabalsagaray Curutchet no âmbito do Auto No. 139/2005, que buscava

---

<sup>59</sup>Skaar (2011) afirma que o mandato de Jorge Batlle (2000-2005) foi marcado por uma agenda comprometida com aspectos relativos à memória, mas manteve os obstáculos às investigações e atuação do Judiciário. Entre as ações, encontram-se a criação da Comissão para a Paz, que produziu um relatório sobre os crimes e abusos cometidos durante o período militar.

esclarecimento sobre a morte de sua irmã em uma dependência militar em Montevideo, em 1974, durante o período de ditadura militar no Uruguai.

Ao contrário do caso da ADPF brasileira, no caso uruguaio, o instrumento de controle de constitucionalidade por via de exceção produz efeitos apenas *inter partes*; no entanto, tornando a norma aplicável apenas no âmbito do caso concreto, sem que haja a possibilidade de recurso, como estabelece o artigo 520 do Código Geral de Processo.<sup>60</sup>

A exceção de inconstitucionalidade foi proposta pelo Ministério Público e Fiscal do Uruguai, o qual solicitava a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, 3º e 4º da Lei No. 15.848 de 1986, por entender que “as referidas disposições transgridem vários preceitos da Constituição da República e tratados internacionais” (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 9 – tradução nossa).

O caso uruguaio, quando comparado aos casos brasileiro e chileno, formalmente, apresenta-se mais comprometido com princípios democráticos e representativos, dada a sua ratificação popular posterior à aprovação parlamentar. Mas, em seu conteúdo, apresenta severas violações a princípios fundamentais relativos à equidade e à dignidade. Isso porque, além de instituir uma clara discriminação na concessão da prescrição penal, tendo como beneficiados apenas agentes do Estado – policiais e militares –, sugere uma invasão de competência pelos diferentes poderes, já que concede ao Executivo o poder de decisão sobre as investigações criminais compreendidas pela lei.

Nesse sentido, o Ministério Público uruguaio sustentou a violação de diversos preceitos constitucionais, bem como a incompatibilidade da Lei de Caducidade com os preceitos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O foco da argumentação do MP recaí sobre a violação de diversos princípios constitucionais, tais como o princípio da soberania do povo (artigos 4º e 82); o princípio da separação de poderes (artigo 233); e o princípio da igualdade (artigo 8º).

Na arguição de constitucionalidade dos artigos 1º, 3º e 4º da Lei No. 15.848 de 1986, o Ministério Público, primeiramente, alegou a violação dos artigos constitucionais 4º e 82º, referentes à soberania do povo, que indeclinavelmente rechaça “uma solução dada pelo

---

<sup>60</sup>Artículo 520. Sentencia.- La sentencia se limitará a declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas y solamente tendrá efecto en el caso concreto en que fuere planteada. Contra ella no se admitirá recurso alguno” (CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, LEY 15.982, 1988).

Parlamento frente à indevida pressão que as Forças Armadas exerceram sobre ele” (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 2 – tradução nossa).

Segundo argumentou o MP uruguaio, o benefício da caducidade concedido pela Lei No. 15.848 não poderia produzir efeito de anistia, dado que a Constituição uruguaia prevê procedimento específico para tal, cujo quórum, naquele caso, não foi respeitado. O artigo 85, No. 14, estabelece: “conceder perdões por dois terços dos votos do total de componentes da Assembleia Geral em reunião de ambas as Câmaras, e acordar anistias em casos extraordinários, por maioria absoluta dos votos do total de componentes de cada Câmara”<sup>61</sup>.

O terceiro argumento apresentado refere-se à invasão de competência judicial pelo Poder Executivo, já que a medida de processamento dos agentes de Estado responsáveis por tais crimes durante o regime militar ficou a cargo do Poder Executivo, sobrepondo-se às funções do Judiciário, violando, em última análise, o artigo 233 da Constituição, relativo ao exercício da função judicial.

Nessa mesma linha argumentativa, os dispositivos da Lei No. 15.848 teriam violado o artigo 8º da Constituição uruguaia, que consagra o princípio da igualdade, já que, a Lei de Caducidade beneficia apenas policiais e militares em detrimento de outros igualmente processados por crimes cometidos no período compreendido até 1º de março de 1985.

Ademais, os dispositivos da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado violam os preceitos constitucionais que estabelecem o compromisso com os direitos inerentes à personalidade humana e com a forma republicana de governo (artigo 72), bem como o dever das autoridades públicas em conduzir suas atividades e condicionar seus atos aos direitos individuais (artigo 332).

Finalmente, o Ministério Público alegou a violação de preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, com destaque para os artigos: 1.1, referente ao dever do Estado-parte de respeitar os direitos e garantias contidos na Convenção sem qualquer tipo de discriminação; 8.1 e 25.1, que consagram o direito de acesso à justiça, em prazo razoável, bem como a um juízo competente, independente e imparcial; e 2º, referente ao dever de adotar disposições internas compatíveis com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

---

<sup>61</sup>Tradução livre de: “Conceder indultos por dos tercios de votos del total de componentes de la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras, y acordar amnistías en casos extraordinarios, por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara”

A Suprema Corte de Justiça (SCJ) reconheceu que a Lei No. 15.848 apresenta claras violações dos princípios da igualdade, por beneficiar um grupo específico- militares e policiais que cometeram delitos descritos na citada lei durante o governo de fato -, além de ter violado o acesso à justiça por parte das vítimas, dado que excluiu da órbita do Poder Judicial o julgamento de certas condutas.

Ademais, a SCJ admitiu a existência de um vício de forma na aprovação da Lei de Caducidade uruguaia. O texto constitucional, anterior à elaboração da referida lei, exige a maioria absoluta de votos do total de componentes da Câmara, enquanto a aprovação da lei contou com a maioria absoluta dos membros presentes. A Lei No. 15.848 teve maioria na Câmara de Senadores, mas não obteve a mesma quota entre os deputados, totalizando 49 votos de 99 membros, quando seriam necessários ao menos 50 votos. Nesse sentido, nem mesmo o referendo realizado em 1989 teria a capacidade de sanar o vício de forma estabelecido já em sua aprovação, já que:

o exercício direto da soberania popular por via do referendo derogatório das leis sancionadas pelo Poder Legislativo só tem o referido alcance eventualmente obrogatório, mas o rechaço da derrogação por parte da cidadania não estende sua eficácia ao ponto de outorgar uma cobertura de constitucionalidade a uma norma legal viciada “*ab origine*” por transgredir normas ou princípios consagrados ou reconhecidos pela Carta (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 30).

Assim, a Suprema Corte de Justiça uruguaia ressalta o papel dos direitos fundamentais em garantir uma dimensão material da democracia substancial que, em nenhuma hipótese, pode ser decidida pela maioria. A Corte uruguaia, portanto, diversamente do colegiado supremo brasileiro, estabelece um “território (de direitos) inviolável” ou “a esfera do indecidível” (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 31), tese rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro na apreciação da ADPF No. 153.

Ademais, no que se refere à separação de Poderes, segundo a Suprema Corte de Justiça uruguaia, teria havido uma dupla violação. Por um lado, pelo Legislativo, ao regulamentar matéria de competência do Judiciário. Isso porque a determinação da prescrição de crimes constitui matéria do âmbito da atividade judicial e, portanto, ao fazê-lo, o Poder Legislativo invade a competência do Poder Judiciário, mesmo que tal extensão seja subjetivamente e temporalmente limitada. Adicionalmente, tal determinação, no entendimento da SCJ, também viola o direito de acesso à justiça pois “não é racional dispor a caducidade de uma ação – que não estava sujeita a término desde antes – sem fixar um prazo razoável para que o titular a exercite, sob a notificação de sua extinção” (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 28 – tradução nossa). Por outro lado, o artigo 3º da Lei No. 15.848

estabelece uma outra violação de competência ao atribuir ao Poder Executivo a função de determinar o enquadramento dos crimes trazidos ao Judiciário – se sujeitos à prescrição prevista na lei ou não. Por mais que a opinião do Poder Executivo seja qualificada pela lei como “informe”, resulta claro que tem uma natureza jurídica de decisão e vem substituir a original competência constitucional do Poder Judiciário (SUPREMA CORTE DE JUSTIÇA, 2009, p. 40-41).

A Suprema Corte de Justiça uruguaia reconheceu a importância dos compromissos internacionais firmados pelo Estado uruguaio, afastando a teoria clássica da soberania estatal e reconhecendo a função limitadora dos direitos humanos à atividade do Estado. Dessa forma, a SCJ dispensa a incorporação formal dos tratados por meio da promulgação de leis nacionais e considera as normas de direitos automaticamente parte do ordenamento jurídico uruguaio por meio do artigo 72 da Constituição da República Oriental do Uruguai (1967), que determina: “a enumeração de direitos, deveres e garantias feitas nesta Constituição não excluem outros que são inerentes ao ser humano ou que derivam da forma republicana de governo”<sup>62</sup> (tradução nossa).

A SCJ ressaltou ainda a impossibilidade de que o Estado uruguaio invoque normas de Direito interno para descumprir os compromissos internacionais contidos em um tratado (artigo 27, da Convenção de Viena). Por fim, embora a SCJ negue a tese de que teria havido uma revogação tácita da Lei de Caducidade com o advento da Lei No. 18.026, referente ao Estatuto de Roma, em relação aos crimes contra a humanidade, a Corte uruguaia reconhece seus compromissos sob o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) - todos tratados internacionais anteriormente criados e ratificados pelo Estado uruguaio nos anos de 1969, 1985 e 1985, respectivamente, previamente à promulgação da Lei No. 15.848.

Constatando inegável o comprometimento do Estado do Uruguai com instrumentos internacionais, bem como a existência de uma moldura constitucional que privilegia a sobreposição de direitos e liberdades fundamentais sobre quaisquer escolhas arbitrárias que pretendam mitigá-los, a SCJ do Uruguai declarou inconstitucional o conteúdo da Lei de

---

<sup>62</sup>Tradução livre: “La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno” (CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DE URUGUAY, 1967).

Caducidade da Pretensão Punitiva, o que resulta na inaplicabilidade universal do referido instrumento legal.

### **3.4 Tipologia transicional: os efeitos legais de escolhas políticas passadas**

A abordagem do tema da justiça de transição e o comprometimento institucional com seus mecanismos implica em compreender os estágios prévios de transição para a democracia, para então, a partir da identificação dos atores envolvidos nos processos de negociação de mudanças políticas, compreender as conseqüências jurídico-constitucionais de tal processo. Assim, dado que o conceito de justiça de transição engloba políticas de resposta a violações de direitos humanos em diversos eventos – turbulência política, repressão estatal e conflito político – importa compreender as conseqüências das medidas tomadas no curso de consolidação da democracia e do Estado de Direito (OLSEN et al, 2010, p. 12).

O'Donnell & Schmitter (1986, p. 7) destacam a importância de, além de se investigarem os efeitos da instauração de um novo regime, observar a fundo o processo de dissolução dos regimes autoritários, dado que a principal característica da mudança de regime é a efemeridade das regras que também estão sob processo de definição, bem como o desejo de satisfação imediata das reivindicações dos atores envolvidos nesse processo de liberalização. Assim, as regras emergentes terão fundamental importância quanto à superveniência de mecanismos de justiça de transição tardios. Especialmente no que se refere à negociação de instrumentos normativos sob a instabilidade política, em uma análise apurada, deverão ser levados em conta não apenas elementos formalmente legais, mas também os aspectos materiais de tal elaboração.

Para os casos de estudo escolhidos nesta pesquisa, a identificação, ou ao menos o delineamento de características de cada processo, faz-se relevante para compreender os distintos fenômenos transicionais em curso no Chile, Brasil e Uruguai. No Chile, à seqüência de decisões judiciais de caráter criminal que afastaram a aplicação da Lei de Anistia aos casos de violações de direitos humanos compreendidas no período ditatorial militar, sobreveio o anúncio presidencial de derrogação da referida lei. No Brasil, o processo de apuração de atrocidades foi, de maneira predominante, conduzido por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e refreado pela corte constitucional doméstica por meio da confirmação da constitucionalidade da ainda vigente Lei de Anistia. O Uruguai vivenciou uma experiência singular de impasse jurídico, tendo a corte constitucional uruguaia declarado a

inconstitucionalidade da Lei de Caducidade de Pretensão Punitiva do Estado, por duas vezes, seguida da aprovação popular quanto à vigência da lei de caducidade.

Todos os Estados latino-americanos supracitados apresentam em comum a repreensão pela comunidade internacional a fim de apurar tais violações, bem como decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reafirmam a incompatibilidade de tais leis de anistia com os preceitos de Direito Internacional. Nesse sentido, ao conectarem-se tais processos de transições políticas passadas com as correntes políticas de justiça transicional, o papel do Judiciário na realização de tais medidas terá destaque no que se refere ao comprometimento estatal com a memória, verdade e reforma das instituições.

Assim, o debate contemporâneo sobre os processos de transição para a democracia e sua consolidação freqüentemente é permeado pela distinção entre mecanismos de proteção de liberdades individuais e instituições representativas da vontade popular. Ao transladar-se a discussão para o âmbito jurídico, trata-se da distinção entre Estado Democrático e Estado de Direito que, contemporaneamente, são compreendidos como uma união dissociável, mas que, no curso da História, diversas vezes foram adotados como regimes exclusivos. A concepção de democracia clássica a que se refere aqui corresponde aos mecanismos formais de representação e participação e, portanto, não relaciona-se com concepções holísticas contemporâneas de democracias substanciais que colocam em pé de igualdade os mecanismos formais e respeito a liberdades e garantias fundamentais.

À emergência de autocracias, ditaduras e Estados totalitários no século XX, despertaram-se as discussões políticas sobre uma suposta incongruência existente entre Liberalismo e Democracia. A manifesta observação de Benjamin Constant, já no século XIX, a respeito da relação entre esses dois cometimentos, firmou, por definitivo, a contingência que permeia essa relação.<sup>63</sup> De um lado, o Estado Liberal, norteado pela busca da liberdade resultante de um combate ao Estado Absoluto, materializado especialmente nas Revoluções Inglesa e Francesa dos séculos XVII e XVIII, respectivamente. De outro, o Estado Democrático, cujo princípio máximo recai sobre a igualdade, exigindo, assim, igualdade perante a lei e a igualdade de direitos. No primeiro caso, exige-se um Estado em abstenção; no segundo, um Estado propulsor desses direitos sociais (BOBBIO, 1998). Bonavides

---

<sup>63</sup> “O objetivo dos antigos era a distribuição do poder político entre todos os cidadãos de uma mesma pátria: era isso que eles chamavam de liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança nas fruições privadas: eles chamam de liberdade as garantias acordadas pelas instituições para aquelas fruições” (CONSTANT, 1820, p. 253 apudBobbio, 1998, p. 38)

sintetiza esse embate a partir de um marco histórico: antes do advento da Revolução, sobre a preeminência do aspecto político sobre o econômico, instaura-se a contraposição absolutismo-feudalismo. Após, quando o econômico prepondera sobre o político, o conflito que se instaura é o dualismo democracia-liberalismo (BONAVIDES, 2007, p. 55).

Em uma nova configuração, Carl Schmitt levará a efeito a experiência de uma interpretação *sui generis* de um Estado Social em que o interesse da coletividade se sobreporá às liberdades individuais, como exemplificou Norberto Bobbio (1998, p. 37):

Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de Direito como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de Direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado Social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de Direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).

Nessa construção, no Estado de Direito moderno, democracia e liberalismo freqüentemente se sobreporão, de modo que o primeiro será caracterizado pelos níveis de influência da sociedade civil sobre a atuação do Estado, enquanto o segundo será caracterizado pela sua complacência com mecanismos de proteção de liberdades estabelecidos no Direito Internacional. Quando considerada a centralidade do indivíduo tanto nas agendas internacionais como domésticas, surge a relevância de tal distinção, com o intuito de se estabelecer a esfera de direitos inegociável: indisponíveis e irrenunciáveis, nem mesmo em nome da maioria, ainda menos sob a justificativa de defesa do interesse público.

O'Donnell (1992), ao discutir os processos de transição latino-americanos, questiona as abordagens teóricas que pretendem classificar as novas democracias a partir de concepções puramente burocrático-legais. O autor atenta para existência de uma esfera estatal ideológica que freqüentemente é ignorada por autores que examinam transições para a democracia. Nesse modelo comumente aceito nas Ciências Sociais, a efetiva democracia seria caracterizada pela mera realização de eleições e estruturação de instituições no seio do Estado.<sup>64</sup> O'Donnell, no entanto, apresenta três aspectos não presentes nessa representação

---

<sup>64</sup>O'Donnell (1996) oferece um modelo simplificado da ampla concepção introduzida por Dahl, denominada poliarquia. Nela estariam contidos sete atributos que garantiriam a coexistência de um regime representativo e limitado pelo respeito às liberdades individuais: agentes estatais eleitos; eleições livres e justas; sufrágio universal; direito de acesso aos cargos públicos; liberdade de expressão, acesso à informação; autonomia associativa. Para uma ampla análise dessa abordagem, ver: DALH, Robert. **Democracy and its Critics**. New Haven: Yale University Press, 1989. Outra elaboração categoricamente refutada por O'Donnell é aquela oferecida por Linz e Stephan (1996), cuja proposta de democracia consolidada é envolta por voluntarismo: "*essentially, we mean by a consolidated democracy a political situation in which, in a phrase, democracy has become 'the only*

formal de democracia e, ao observar os países latino-americanos após os processos de transição política, identifica como variáveis constantes: a ineficiência estatal em cumprir suas funções, a ineficácia do Direito e o patrimonialismo nos órgãos públicos. Assim, o fenômeno da “neofeudalização” (O’DONELL, 1992, p. 10) conduziria as novas democracias latino-americanas a um ordenamento jurídico seletivo e instituições públicas dirigidas pelo interesse privado. Ao refutar regimes democráticos meramente legais, o autor indica um baixo nível de elementos indicativos de cidadania no seio de sistemas representativos.

Nesse ponto, é fundamental compreender as tradições dos Poderes Judiciários que se perpetuaram no tempo, mesmo após a transição para a democracia. No Chile, a atuação de um Poder Judiciário omissivo às violações de direitos humanos e pactuante com o regime militar teria resultado em uma transição monitorada pelos artífices do regime, como se observou, por exemplo, com a manutenção de seu líder na função de senador após a transição democrática, bem como com a resistência das cortes chilenas em afastar a aplicação da Lei de Anistia. No Brasil, a atuação do Judiciário durante o período militar foi parcialmente contida pelo regime, restando àqueles que contestassem as práticas em curso, o afastamento de seus cargos. Nesse mesmo sentido, perante a sociedade, construiu-se a tese de “pacto” ou “acordo” entre os perpetradores de sistemáticas violações e aqueles que sofriam tais abusos. Tal tese, portanto, foi trasladada a outras esferas, como por exemplo, da produção legislativa, para justificar a manutenção do legado da repressão. Finalmente, no Uruguai, a atuação combativa do Judiciário, sobretudo da Suprema Corte de Justiça, resultou em um transparente processo de transição que, ao incluir consultas populares que se sobrepuseram à decisão do Judiciário, admitiu contínuas violações de direitos humanos em nome de uma maioria. Nesse aspecto, O’Donell relembra-nos que uma poliarquia institucionalizada horizontal deve ser regida por princípios de responsabilização mútua e equânime. Trata-se da adoção de uma concepção de Democracia ampla, necessária e praticamente limitada por contornos legais e, em última análise, comprometida com a proteção dos Direitos Humanos (O’DONELL, 1996, p. 9).

Para o combate à verticalização dessa transição, vale ressaltar que as experiências latino-americanas são freqüentemente caracterizadas pela “transição pelo alto”. Para esta análise, o modelo tipológico estabelecido por Karl (1990) oferece-nos elementos complementares. Esse modelo é guiado por duas principais variáveis: a força do ator líder de

---

*game in town*”. Nesta concepção, cinco arenas caracterizariam uma democracia consolidada: condições para o desenvolvimento de uma sociedade civil livre e vigorosa; uma sociedade civil autônoma e estimada; liberdades individuais e associativismo deveriam ser garantidos pelo Estado de Direito; uma estrutura burocrática estatal útil ao novo governo democrático; uma sociedade econômica institucionalizada. (LINZ & STEPAN, 1996)

dada transição – elite ou massa - e a estratégia utilizada na execução desse plano – compromisso ou força. Como resultado de tais categorias, quatro tipos transicionais não exclusivos são gerados: pacto, imposição, reforma e revolução. A hipótese do autor sugere que, historicamente, todas as ditaduras latino-americanas teriam vivenciado em algum momento os quatro tipos.

Nesse modelo tipológico, o autor elenca o Brasil como um caso de imposição (transição pelo alto e com uso da força), dado o uso, pelos militares, de sua posição privilegiada para estabelecer as regras da mudança política. Já o caso do Uruguai é classificado pelo autor como um caso de transição pactuada (transição pelo alto a partir de compromissos). E, finalmente, quanto ao caso chileno, haveria uma categoria híbrida entre o pacto e a imposição, devido à particular transição plebiscitária combinada à homogeneidade militar quanto à manutenção do regime (KARL, 1990, p. 11).

Nesta análise, Brasil e Uruguai estariam posicionados em pólos opostos no que se refere às medidas políticas adotadas por seus respectivos governos militares e às conseqüências transicionais correntes. Na análise de Karl, a democratização por imposição – como o caso brasileiro - possivelmente resultaria em democracias conservativas, enquanto que as transições pactuadas - como o caso do Uruguai – produziriam democracias corporativistas ou contorcionais. Na prática, o caso uruguaio seria, posteriormente, marcado por processos e decisões políticas baseadas em processos de barganha entre grupos que disputam os processos em nível de igualdade.

Portanto, essa análise oferece elementos que complementam a análise do papel exercido pelo Judiciário antes e após as transições. Como observado, Chile e Brasil apresentaram as maiores resistências à aceitação e incorporação de *standards* internacionais quanto à validade das leis de anistia. Embora esses países tenham oferecido meios de resistência distintos, dada a preponderância de culturas jurídicas distintas de controle de constitucionalidade, eles refletiram o papel reservado ao Judiciário em cada país: no Chile, a conivência, e no Brasil, a homogeneidade ideológica forçada.

Nessa argumentação, o Brasil seria um caso de transação, resultado da combinação de uma liderança de elite, sem que houvesse efetiva confrontação com seus opositores. Assim, as eleições de 1982 teriam sido uma estratégia de regresso, e não um passo para democracia. Na argumentação de Munk e Leff (1997, p. 350-1), as eleições representaram um anúncio da elite situacionista para a elite insurgente, para que essa última adotasse uma linha acomodacionista a fim de amenizar a repressão às liberdades individuais. Tratou-se, portanto, não de uma

medida de democratização, mas sim, de liberalização. Tal fato foi comprovado pela resistência do comando militar, mesmo em 1984, para a abertura das eleições. Na opinião dos autores, as eleições de 1985 não representam o desfecho do processo de transição brasileiro, dado que o governo Sarney seria um governo interino e a forte liderança do PMDB - Partido do Movimento Democrático Brasileiro nas eleições marcariam ainda a presença da elite partidária ao governo militar no processo de democratização. A total abertura somente ocorreria em 1988, com a aprovação de uma nova constituição. Como legado da transação política, o multipartidarismo, ainda presente nos dias de hoje, caracterizou fortemente as primeiras eleições democráticas, em 1990, que contou com dezenove partidos na disputa. Além disso, criou-se um embate entre a representação no congresso e o sistema da presidência, o que dificultou o consenso e a consolidação democrática no Brasil.

Ao analisar o caso chileno, Munk e Leff (1997, p. 347-9) concluem que aquele foi um tipo extremo de reforma por baixo, dado que teria havido, por um lado, a iniciativa de transição a partir de grupos oponentes à elite da situação que, em contrapartida, sofreram alta repressão por parte do governo vigente, liderado por Pinochet. Isso forçosamente os conduziu ao processo de acomodação e aceitação da estratégia de dissolução do governo militar por meio do plebiscito de 1988. Como consequência do processo de transição altamente monitorado pelas elites, Munk e Leff (1997, p. 347) citam a manutenção de Pinochet no controle das forças armadas por oito anos após a transição para a democracia, bem como sua atuação como senador após esse período. Ademais, na construção dos autores, o “regresso democrático” chileno de 1988 seria comprovado também por fatos como, a nomeação de nove senadores entre trinta e sete, um forte conselho de segurança militar representado militarmente, a Suprema Corte aparelhada e uma legislação eleitoral favorável à direita.

Já no Uruguai, onde a transição pactuada resultou em um maior compromisso com o Estado de Direito, ainda que pela exacerbação da soberania popular, o Judiciário tornou-se mais independente de grupos de pressão quando deparado com a apreciação da Lei de Caducidade. Skaar (2011) ressalta que a transição uruguaia resultou em um pacto implícito entre os partidos Blanco e Colorado, o que resultaria na alternância na nomeação de ministros para a Suprema Corte de Justiça. Nesse sentido, além de um equilíbrio ideológico nesse processo, a alta qualificação dos candidatos garantiria a independência da Corte.

Munk e Leff (1997) adotam como variáveis de tipos transicionais, a identidade dos agentes da mudança – elite ou contra-elite - combinada a sua estratégia – confrontação ou acomodação. Assim, três modelos transicionais básicos são gerados: reforma por ruptura,

reforma por libertação e reforma por transação; além de outras quatro categorias extremas, definidas como revolução por cima, reforma conservativa, revolução social e reforma por baixo.

Concluem Munk e Leff (1997, p. 350) que reformas por baixo, como o caso chileno, resultariam em democracias restritas, dado que as elites do passado eventualmente não se comprometerão com os novos parâmetros democráticos. Por outro lado, reformas por transação, como o caso do Brasil, culminariam em democracias menos restritas, porém em regimes submetidos à competição de elites que se fragmentaram na dissolução do regime autoritário e disputaram os Poderes Executivo e Legislativo, de forma a obstruir a governabilidade. Como se verificou, no caso chileno, pela relutância do Judiciário em comprometer-se com a invalidez da Lei de Anistia, e pela omissão do Legislativo em revogá-la, o Executivo liderou a conclusão desse processo. No Brasil, a ocorrência de disputas entre elites refreou tal processo, permanecendo todos os poderes omissos, dada a impossibilidade de um acordo entre tais elites.

Um outro modelo estabelecido por Munk e Leff (1997) dará origem a um regime mais estável, à liberação, onde elites da situação e oposição acordam sobre a abertura e, portanto, surgirão democracias irrestritas. Nesse modelo, a cultura de politização dos mais diversos assuntos no Uruguai foi refreada pela noção de um bloco de direitos humanos inegociável e impulsionado pela condenação pela Corte Interamericana.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou oferecer uma análise sistemática da influência dos tribunais nacionais sobre os processos de justiça de transição, ressaltando o papel das organizações internacionais, com destaque para a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A escolha dos três países latino-americanos – Chile, Brasil e Uruguai –, e a disposição cronológica dos fatos, normas e decisões judiciais que influenciaram o atual estágio de suas leis de anistia, demonstram a intrínseca conexão entre as instituições que atuaram e atuam na implementação de normas, bem como seu papel na defesa do Estado de Direito. Como ressaltado, é imprescindível que seja feita a distinção entre aspectos democráticos e liberais que se pretendem levar a cabo em Estados Nacionais. O compromisso com a democracia representativa – e conseqüentemente com a decisão da maioria –, nem sempre é compatível com as melhores escolhas para o Estado de Direito, como se verificou no Uruguai, por exemplo.

No primeiro capítulo, foi exposta uma breve análise do desenvolvimento das organizações internacionais e, em especial, das cortes internacionais no período que seguiu a II Guerra Mundial. Em seguida, no terceiro capítulo, uma exposição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi feita a fim de ressaltar-se a ascensão da jurisdição da Corte especialmente após a derrubada dos regimes militares latino-americanos, nas décadas de oitenta e noventa. A relação entre o espaço reservado a sua jurisdição e a complacência dos Estados nacionais com as obrigações formais internacionais demonstra o caráter tenso existente no processo de internacionalização dos direitos humanos e constitucionalização do Direito Internacional. Essa interdependência define a extensão do compromisso entre os Estados nacionais e cortes internacionais. A combinação dos aspectos nacional e internacional convergiu para a análise do capítulo quatro que demonstra que a clássica distinção entre monismo e dualismo já não responde mais à demanda de integração de ordenamentos no âmbito dos direitos humanos.

No segundo capítulo, foram listadas reformas judiciárias e desenhos institucionais que marcam a recepção do Direito Internacional em cada um desses Estados. Diante da constatação da irresistível influência das normas e decisões internacionais sobre as decisões domésticas, no capítulo seis, foi feita uma breve exposição de casos-chave decididos pela Corte IADH que influenciaram os Estados do Chile, Brasil e Uruguai em seus processos tardios de justiça de transição. Nessa mesma linha analítica, no capítulo sete, foram expostas decisões-chave que estabeleceram o posicionamento desses Estados ante a suas obrigações

internacionais – seja sob pressão de decisões da Corte Interamericana, ou a partir do reconhecimento de suas obrigações.

Finalmente, no terceiro capítulo pretendeu-se destacar o papel que o Poder Judiciário exerceu em cada um dos regimes militares latino-americanos em discussão. Tal análise foi feita especialmente a partir do posicionamento das mais altas cortes de cada um dos países. Como se verificou, embora não haja um comportamento regular entre os três casos, em um quadro gradativo de convivência com as práticas de opressão e violência empregadas, o Chile destacou-se pelo “pacto” estabelecido entre o Judiciário o aparato burocrático militar; o Brasil estaria em um ponto intermediário, enfraquecido pela sistemática remoção de membros do STF, e, finalmente, no Uruguai, verificou-se um comportamento particularmente combativo. Como resultado, verificou-se que o nível de interferência e desmobilização provocado pelas agendas militares quando sobreveio o acirramento da repressão e a suspensão de garantias fundamentais foi inversamente proporcional ao nível de oposição estabelecida pelas cortes. Como resultado, três modelos tipológicos de transição conferiram ao Judiciário protagonismo nos processos de redemocratização e, sobretudo, na consolidação do Estado de Direito. Nessa análise foi fundamental ressaltar que o exacerbado formalismo que conduz à democracia formal constitui um dos principais desafios dos tardios processos de justiça de transição. Se antes, o mero estabelecimento de medidas simbólicas supria a aspiração de um Estado de Direito, hoje o estabelecimento de compromissos programáticos e meramente normativos já não é mais suficiente. Como se verificou a partir do argumento da Corte Suprema do Chile que insistia na supremacia do ordenamento doméstico com base no ideal de soberania estatal; co

m a sugestão do Supremo Tribunal Federal brasileiro de que haveria uma ratificação democrática da Lei da Anistia por meio de um chamado para a Constituinte; ou mesmo, o Estado uruguaio que buscava escusar-se do dever de invalidar sua lei de caducidade com base no argumento da soberania popular.

Nesse sentido, Estados nacionais ainda influenciados pela presença e práticas remanescentes do regime militar constituem um desafio à realização plena da justiça transicional. Tendo em consideração que a reforma das instituições constitui uma das medidas a serem tomadas nessa seara, buscou-se aqui ressaltar a influência necessária exercida pelas decisões internacionais sobre instituições que insistem na tese da existência de um pacto entre o aparato repressor estatal e vítimas de seus abusos, ou da manutenção da segurança jurídica. Como ressaltado apontado por O’Donnell (1992), o fenômeno da “neofeudalização”, resultante

de pactos entre elites, implicaria no comprometimento de instituições públicas com interesses privados.

Resulta que, nos Estados onde o Poder Judiciário pactuou ou omitiu-se ante as práticas criminosas e abusivas pelo regime estabelecido, a resistência ao reconhecimento do caráter lesivo das anistias à consolidação de democracias substanciais mostrou-se mais intensa, assim como a resistência à aceitação da jurisprudência internacional. Para tanto, a estratégia de “despolitização” da questão fez-se presente a fim de simular um papel coadjuvante do Judiciário.

Ocorre que, ao abstrair-se o caráter político das decisões emitidas por tais cortes domésticas dá-se margem ao formalismo jurídico extremo que possivelmente resultaria em abusos por parte do Judiciário. A leitura de Carl Schmitt conduz-nos à seguinte assertiva: o caráter político de uma decisão não está vinculado necessariamente a conexões político-partidárias. O caráter político recai sobre a decisão quando essa representa o estado excepcional. Transportando-se esse conceito para o Poder Judiciário, confirma-se essa concepção quando são autorizadas decisões discricionárias pelos juízes.

Abstrai-se, nesta construção a seguinte dedução, os tribunais são instituições políticas por definição. O caráter político a que se refere Schmitt supera partidarismos ou questões ideológicas. A decisão em *ultima ratio*, principalmente quanto a casos não esclarecidos pela lei, aqui, compõe o conceito de soberania. As transições democráticas, mais do que estabelecerem uma nova ordem política, criam novos compromissos políticos, destinados a todas as esferas e poderes do Estado, centrado sobre a defesa de direitos fundamentais e guiado por princípios constitucionais irrenunciáveis.

## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AGUILAR, Paloma. *Judiciary Involvement in Authoritarian Repression and Transitional Justice: The Spanish Case in Comparative Perspective*. **The International Journal of Transitional Justice**. Vol. 7, 2013.

AHUMADA, Sebastián Quiroz. **La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno**. Universidad de Chile, 2006.

ALTER, Karen J. **The New International Courts: a Bird's Eye View**. Buffer Center for International and Comparative Studies Working Paper Series. Working Paper No. 09-001, December 2009.

\_\_\_\_\_. **International Law and Courts: The Promise of Historical Institutional Analysis**. iCourts – The Danish National Research Centre of Excellence for International Courts. iCourts Online Working Paper, No. 3, 2013. October, 2013.

BARROS, Robert. **Constitutionalism and Dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 Constitution**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

BARROSO, Luis R. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6ª ed. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BREGA FILHO, Vladimir. Os reflexos da “judicialização” da repressão política no Brasil no seu engajamento com os postulados da justiça de transição. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, No. 1, 2009.

CALVO-GOLLER, Karin N. **Trial Proceedings of the International Criminal Court: ICTY and ICTR Precedents**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

CANOTILHO, José J. G. **Direito Constitucional**. 6ª ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHASQUETTI, Daniel. *El proceso constitucional en el Uruguay del siglo XX*. In: **El Uruguay del Siglo XX. La Política**. Ediciones de la Banda Oriental e Instituto de Ciencia Política. Montevideo, 2003.

COIMBRA, Cecilia Maria Rebouças. **Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. Psicologia em Estudo**. DPI/CCH/UEM, v. 5, n. 2, 2000, p. 1-22

COMISION NACIONAL DE VERDAD Y CONCILIACION (Chile). Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación. Santiago: Andros Impresores, 1996.

Comissão Nacional da Verdade (Brasil). Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

CONCEPCIÓN, Natasha Parassram. *The Legal Implications of Trinidad & Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights*. **American University International Law Review** 16, no. 3, 2001. p. 847-890.

DELGUE, Juan R. **La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y la evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay** (Online). Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Disponível em: <<http://www.academiaiberoamericana.com/>> [Acesso em 16.Jun.2015]

DOLINGER, Jacob. **Brazilian Supreme Court Solutions for Conflicts between Domestic and International Law: an Exercise in Eclectism**. Capital University Law, 1993.

ESPIELL, Hector G. *Los derechos humanos en la Constitución Uruguaya y su protección internacional*. In: **Revista Latino-americana de estudos constitucionais**. Vol. 3. Bonavides, Paulo (org.). São Paulo: Del Rey, 2003.

FISS, Owen. *The Right Degree of Independence*. In: Irwin P. Stotzky, **Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary**. Boulder, CO: Westview Press, 1993.

GAROUPA, Nuno & MALDONADO, Maria Alejandra. *The Judiciary in Political Transitions: The Critical Role of U.S. Constitutionalism in Latin America*. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**. Vol. 19, n. 3, 2011. p. 526-576.

HELPER, Laurance R. & SLAUGHTER, Anne-Marie. *Toward a Theory of Effective Supranacional Adjudication*. **Yale Law Journal**, Ed. 273, 1998-1999.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. *Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos*. **Estudios Constitucionales**, vol. 6, núm. 2, 2008

HILLEBRECHT, Courtney. **Domestic Politics and International Human Rights Tribunals: The Problem of Compliance**. Cambridge University Press, 2014.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide**. *Fordham Law Review*, Vol. 75, Issue 2, 2006.

KARL, Terry L. *Dilemmas of Democratization in Latin America*. **Comparative Politics**, No. 1, p. 1-21, 1990.

KELSEN, Hans. *As Relações de Sistema entre Direito Interno e Direito Internacional Público*. **Brazilian Journal of International Law**, Vol. 10, 2013.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16 ed., rev., atual., Ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred. **Problems of Democratic Transition and Consolidation**. Baltimore: John Hopkins University Press, 1996.

Minear, Richard H. **Victors' Justice: The Tokyo War Crimes Trial**. Ann Arbor: Center for Japanese Studies. University of Michigan, 2001.

MORAES, Humberto P. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatória*, **Revista Virtual**, n.º 8, Subchefia para Assuntos Jurídicos, www.planalto.gov.br, Brasília-DF, janeiro, 2000, p. 1.

MOUSTAFA, Tamir. *Law and Courts in Authoritarian Regimes*. **Annual Review of Law and Social Science**. No. 10, 2014.

\_\_\_\_\_. **The Struggle for Constitutional Power: Law, Politics, and Economic Development in Egypt**. New York: Cambridge University Press, 2007.

MUNK, Gerardo L. & LEFF, Carol S. *Modes of Transition and Democratization: South America and Eastern Europe in Comparative Perspective*. **Comparative Politics**, vol. 29,

No. 3, Transitions to Democracy: A Special issue in Memory of Dankwart A. Rustow (Apr., 1997), 343-362.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLSEN, T. et. Al. **Transitional Justice in The Balance: comparing processes, weighing efficacy**. Washington, DC: US Institute of Peace, 2010.

O'DONELL, Guillermo. **On the State, democratization and some conceptual problems (A Latin American view with glances at some post-communist countries)**. Notre Dame (EUA): Kellogg Institute, 1993.

O'DONELL, Guillermo & SCHMITTER, Philippe C. **Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies**. London: John Hopkins University Press, 1987.

\_\_\_\_\_. *Illusions about consolidation*. **Journal of Democracy**. Ed 7.2, p. 34-51, 1996.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Nossa história** (online), 2015. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/sobre/nossa\\_historia.asp](http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp)> [Acesso em: 29.Mai. 2015]

PADRÓS, Enrique Serra . **A ditadura civil-militar uruguaia: doutrina e segurança nacional**. *Varia História* (UFMG. Impresso), v. 28, p. 495-517, 2012.

PASQUALUCCI, Jo M. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PERNICE, Ingolf. *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*. **The Columbia Journal of European Law**. Vol. 15, No. 3, 2009.

PETERS, Anne. **The Globalization of State Constitutions in New Perspectives on the Divide Between National and International Law** (Janne E. Nijman and Andre Nolkaemper). Oxford Scholarship Online, Jan. 2009.

PEREIRA, Anthony. **Political (In)Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina**. University of Pittsburgh Press: Pittsburgh, PA, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Memória, verdade e justiça*. In: **Teoria e debate**, v. 23, n. 87, p. 44-47, mar./abr. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 14<sup>a</sup> ed. Ver. e Atual. – Sao Paulo: Saraiva, 2013.

ROJAS, Claudio N. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos em Chile: Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno**. Santiago de Chile: Universidad de Chile / Centro de Derechos Humanos, 2012.

ROMANO, Cesare P.R. *A Taxonomy of International Rule of Law Institutions*. **Journal of International Dispute Settlement**. Vol. 2, No. 1 (2011), pp. 241–27, 2011.

SCHEMERS, Henry G. *Acceptance of International Supervision of Human Rights*. **Leiden Journal of International Law**, Vol. 12, Issue 04 (1999), p. 821-831, December 1999.

SERVICIO PAZ Y JUSTICIA (Uruguay). **Uruguay Nunca Más: violaciones de derechos humanos, 1972-1985**. Montevideo, 1989.

SHANY, Yuval. **Regulating Jurisdictional Relations Between National and International Courts**. Oxford Scholarship Online, 2009.

SILVA FILHO, José C. M.; CASTRO, Ricardo S. **Justiça de Transição é Poder Judiciário – a barreira da Lei de Anistia para a responsabilização dos crimes da ditadura civil-militar**. *Revista de Estudos Criminais*, Ano XII, No 53, 2014.

SKAAR, Elin. **Impunidade versus responsabilidade no Uruguai: o papel da Ley de Caducidad**. In *A Anistia na Era da Responsabilização. O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

SWESSON JUNIOR, Walter C. **A atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de crimes políticos durante o regime militar de 1964(1964-1979)**. Tese de Doutorado pela USP. São Paulo, 2006.

TAVARES, André R. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

Torelly, Marcelo D. **Justiça Transicional e Estado de Direito: perspectiva teórico comparativa e análise de caso brasileiro**. Monografia de conclusão de Mestrado em Direito, Estado é Constituição, Universidade de Brasília, 2010.

UNION OF INTERNATIONAL ASSOCIATIONS. **Yearbook of International Organizations**. Bruxelas, 2012.

WALKER, Neil. The Ideal of Constitutional Pluralism. **The Modern Law Review**. Vol. 65, No. 3, 2002.

WEIL, Gordon L. *The Evolution of the European Convention on Human Rights*. **The American Journal of International Law**. Vol. 57, (1963), p. 804-827.

ZYL, Paul Van. *Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito*. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. Brasília: Ministério da Justiça, n.1, jan-jun 2009.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Relator: Ministro Eros Grau, DJ, 6 ago. 2010.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006. Serie C N. 154.

CORTE IDH. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Fondo. Sentencia de 14 de Marzo de 2001. Serie C N. 75.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones**. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Série C N. 221.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C.

CORTE IDH. **Case of Hilaire, Constantine and Benjamin e outros vs. Trinidad and Tobago** . Sentencia de 21 de junio de 2002.

CHILE. Corte Suprema, **Rol 517-2004, Caso Miguel Ángel Sandoval**, 17 de noviembre de 2004.

CHILE. Corte Suprema, **Rol 559-2004, Caso Molco**, 13 de diciembre de 2006.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE URUGUAY. Sentencia 365/2009, SabalsagarayCurutchet, Blanca Stela. Denuncia. Excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 3 y 4 de La Ley nº 15.848, 19 de Octubre de 2009.

## REFERENCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei No. 6.683, de 28 de agosto de 1979**. Concede anistia e dá outras providencias. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm)> [Acesso em 16.Jun.2015]

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> [Acesso em 16.Jun.2015]

BRASIL. Presidência da República. **Lei No. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo é julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9882.htm)>. [Acesso em 16.Jun.2015]

BRASIL. **Decreto No. 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. BRASIL, Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, 14 de dezembro de 2009. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. [Acesso em: 11 Set. 2014]

CHILE. **Constitución de Política de la República de Chile de 1980**. Disponível em:  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [Acesso em 16.Jun.2015]

CHILE. **Decreto Ley de Amnistía No. 2.191, de 18 de abril de 1978**. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Disponível em:  
[http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw\\_decree2191.pdf](http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90-AmnestyLaw_decree2191.pdf) [Acesso em 16.Jun.2015]

CHILE. **Decreto-ley No. 1**, de 11 de Septiembre de 1973, acta de Constitución de la Junta de Gobierno, Diario Oficial de 18 de Septiembre del mismo año. Disponível em:  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=237897> [Acesso em 04.Jul.2015]

CHILE. **Decreto-ley No. 1.552, Acta Constitucional No. 3**, de 13 de septiembre de 1976. De los derechos y deberes constitucionales. Diario Oficial N° 29.558-A. Disponível em:  
<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6656>> [Acesso em 01.Jul.2015]

URUGUAY. **Constitución de la República Oriental del Uruguay**. Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Disponible em: <<http://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>> [Acesso em 16.Jun.2015]

URUGUAY. **Ley No. 15.848 del 22 de diciembre de 1986**. Se reconoce que ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985. Disponible em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>> [Acesso em 16.Jun.2015]

## TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Carta Americana de Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível: <[http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_ americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_ americana.htm)> [Acesso em 18.Jun.2015]

CORTE PENAL INTERNACIONAL. **ESTATUTO DE ROMA, de 17 de Julho de 1998**. Disponível: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome\\_statute%28s%29.pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute%28s%29.pdf)> [Acesso em 18.Jun.2015]

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas**. Adoptada em Belém do Pará, Brasil, 9 de junho de 1994. Adoptada en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. . Disponível: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/k.Desaparecimento.htm>> [Acesso em 18.Jun.2015]

CONSELHO DA EUROPA. **CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, de 4 de novembro de 1950**. Com as modificações introduzidas pelos Protocolos nos 11 e 14 acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos nos 4, 6, 7, 12 e 13. Disponível: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)> [Acesso em 18.Jun.2015]

**CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE O DIREITO DOS TRATADOS, de 22 de maio de 1969**. Disponível: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>> [Acesso em 18.Jun.2015]

**MOSCOW CONFERENCE**, de 1943. Disponível em: <<http://www.ibiblio.org/pha/policy/1943/431000a.html>> [Acesso em 21.Ago.2014]

INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL FOR THE FAR EAST CHARTER (IMTFE Charter), 1946. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/04/4-06/military-tribunal-far-east.xml>> [Acesso em 21.Ago.2014]

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da organização dos Estados Americanos (1967)**. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/port/tratados\\_A-41\\_Carta\\_da\\_Organiza%C3%A7%C3%A3o\\_dos\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm)> [Acesso em 04.Set.2014]

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Ata Final do 8º Encontro de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, 1962**. Final Act of the The Eight Meeting of Ministers of Foreign Affairs met on the basis of the Rio Treaty in Punta del Este, Uruguay, in January 1962 to consider Cuba's changing foreign relations and political activities. Disponível em: <<http://www.oas.org/columbus/cuba.asp>> [Acesso em 04.Set.2014]

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Thirty-Ninth Regular Session of the General Assembly, OAS, June 2 and 4, 2009**. AG/RES.2438 (XXXIX-O/09) Resolution on Cuba. Disponível em: <<http://www.oas.org/columbus/cuba.asp>> [Acesso em 04.Set.2014]