



DECISÕES INTERNACIONAIS COMO FUNDAMENTO PARA RELEITURA DA IDEIA DE SOBERANIA: O CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA¹

INTERNATIONAL DECISIONS AS MOTIVE FOR A NEW READING OF THE IDEA OF SOVEREIGNTY: THE CASE OF THE ARAGUAIA GUERRILLA

Eliana Franco Neme²

Resumo

A proteção dos direitos humanos há muito deixou de ser objeto exclusivo dos sistemas normativos nacionais, estabelecido a partir do movimento constitucionalista no final do século XVII na Europa e na América. O final da segunda grande guerra mundial trouxe à tona a realidade da fragilidade da tutela exclusiva por parte dos Estados, o que determinou o surgimento de um novo movimento, o de criação de Cortes Internacionais de Direitos Humanos. O presente artigo apresenta breve análise relacionada à demanda apresentada contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos e posteriormente submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo é traçar considerações relacionadas à existência dos direitos da personalidade e sua relação com o desenvolvimento de uma teoria dos direitos humanos e consequentemente com um sistema internacional de proteção. E ainda, traçar considerações sobre a necessidade da releitura da ideia de soberania diante das decisões dessas cortes Internacionais.

Palavras-chaves: Dignidade. Sistemas Internacionais. Direitos da Personalidade Guerrilha do Araguaia. Cortes Internacionais. Corte Interamericana. Comissão Interamericana.

Abstract

The protection of human rights has long ceased to be the exclusive object of national regulatory systems, drawn from the constitutionalist movement in the late eighteenth century in Europe and America. The end of the second great world war brought the reality of the fragility of sole guardianship by the States, which led to the emergence of a new movement, the creation of International Courts on Human Rights. The present article presents brief analysis related to the demand presented against Brazil in the Interamerican Commission of Human Rights and later submitted to the Inter-American Court of Human Rights. The objective is consequently to trace remarks related to the existence of the rights of the

¹ Artigo recebido em: 20/05/2012. Pareceres emitidos em: 26/08/2012 e 29/08/2012. Aceito para publicação em: 12/09/2012.

² Doutora e Mestre em Direito. Professora da Universidade de São Paulo - USP - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, Constituição Federal, Constituição e Brasil, direitos humanos em juízo, direitos humanos nas cortes internacionais, tribunais internacionais e jurisprudência internacional. elianafranconeme@uol.com.br



personality and its relation with the development of a theory of the human rights and with an international system of protection. And to make considerations about the need for reinterpretation of the idea of sovereignty in the face of international decisions of these courts.

Keywords: Dignity. International system. International court. American court. American commission.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nós já fomos condenados antes. Já pagamos a conta do caso Ximenes, já passamos vergonha pelo caso Escher, revimos nossos posicionamentos no caso Garibaldi, e ainda no caso Nogueira de Carvalho. A submissão do Brasil ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem deixando marcas. Nos últimos dez anos foram 522 denúncias, sendo 108 delas recebidas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Depois passamos às decisões acima mencionadas, proferidas pela Corte Interamericana.

A situação parece inexorável, mais e mais os cidadãos vêm encontrando os caminhos dos sistemas internacionais, e dia a dia essas decisões trazem consequências históricas para a rede internacional de proteção dos direitos humanos.

O Brasil se vê agora diante da decisão proferida pela Corte Interamericana em uma demanda que traz à tona os demônios ocultos de um país que recentemente aderiu ao movimento democrático e a uma Constituição cidadã. O caso está relacionado à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, como resultado de operações empreendidas entre 1972 e 1975 pelo Exército brasileiro a fim de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar no Brasil (1964-1985). Do mesmo modo, relaciona-se com a Lei de Anistia (Lei 6.683/79), que foi promulgada pelo governo militar do Brasil, e em virtude da qual o Estado não realizou uma investigação penal com o propósito de julgar e sancionar os responsáveis pelo desaparecimento forçado de 70 pessoas e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados e identificados em 14 de maio de 1996.



A violação a direitos protegidos pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos e pela Declaração Americana de Direitos Humanos submete o Brasil a um questionamento mais profundo. Na visão da Comissão, essa é uma nova oportunidade para consolidar a jurisprudência sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais e à obrigação dos Estados de investigar, processar e sancionar graves violações dos direitos humanos.

Na decisão de 24 de Novembro de 2010 o juiz Roberto de Figueiredo Caldas enfatizou:

[...] é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

E continua:

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

O que se encontra sob os holofotes é a defesa do mínimo essencial a ser garantido pelo Estado. Considerando que nada é capaz de apagar ou modificar o passado, parece que essa demanda é ainda o primeiro dos passos para que este país possa decidir o que pretende ser.

Acontecimentos sociais e políticos da atualidade exigem dos estudiosos do Direito uma análise crítica da repercussão e efeitos produzidos na vida humana e seus reflexos em segmentos do Direito Privado, considerado o ramo regulador das relações negociais, pessoais e familiares e, portanto, em constante atenção pelo respeito ao princípio fundamental da dignidade humana.



Deixando à margem o tema “dignidade da pessoa humana”, porém tendo como esteio todo o significado que ele impregnou no ordenamento jurídico brasileiro, recorda-se as palavras de Rizzatto Nunes (2002): “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo construído pela razão jurídica”.

Afirmam alguns doutrinadores, dentre eles o citado jurista, que a dignidade nasce com a pessoa e, sendo inerente à sua essência, com o seu respeito, respeita-se, por conseguinte, os direitos fundamentais – vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, dentre outros.

Os direitos fundamentais correspondem a uma visão ética da humanidade. Todo homem, pelo simples fato de o ser, deveria usufruir de todos eles, como bem sintetizou Thomas Jefferson na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América do Norte: “*direito à vida, à liberdade e à felicidade*”, reiterados posteriormente pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

Leciona Jorge Miranda (1996, p. 90):

Os direitos fundamentais podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar.

A elaboração legal do elenco dos direitos fundamentais sofre alterações em razão de momentos políticos, sociais e econômicos, uma vez que tem a preocupação de tutelar o que é inerente à essência da pessoa. Por exemplo, limitar a atividade estatal no que diz respeito a possíveis arbitrariedades do Poder Público. Outros cuidados com a proteção da pessoa surgem no cenário jurídico, agregando aos direitos fundamentais já reconhecidos outros de nova geração, denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade. (ARAUJO; NUNES, 2008, p. 108)

Os direitos fundamentais, com previsão constitucional, pressupõem relações de poder. Afirma-se que o rol apresentado na Constituição Federal de 1988 não é exaustivo, estando aberto a outros que venham a ter o mesmo status. Assim, todos



aqueles que contiverem características que os identifiquem como essenciais ao respeito da dignidade da pessoa humana serão considerados fundamentais.

De outra banda é obrigatório reconhecer que esses direitos não existem com exclusividade nos ordenamentos Estatais, e mais ainda, não encontram seus instrumentos de proteção apenas no âmbito interno dos países soberanos. Pois se é da sua própria natureza a essencialidade, a condição de estruturante da pessoa humana, seria irrazoável aceitar seu condicionamento a vínculos jurídicos estabelecidos com critério na nacionalidade do indivíduo.

1 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS³

Não há como falar em direitos da personalidade sem falar sobre a evolução histórica dos sistemas de proteção dos direitos humanos. A origem, a natureza e a evolução desses sistemas são importantes, não apenas em razão do seu objeto por si mesmo, já que todo sistema normativo existe em função do homem, mas também porque o desenvolvimento desses direitos está intimamente relacionado com a história da criação do Estado de Direito, e especialmente porque a história dos direitos do homem é reflexo das limitações do Poder do Estado.

Nesse diapasão vemos que a preocupação do homem com a tutela e a proteção dos seus direitos é contemporânea dos movimentos de codificação dos sistemas normativos, e, na medida em que houve a possibilidade de limitação do poder dos governantes, traduzem com fidelidade a preocupação da sociedade. A concepção de igualdade entre os homens, mola propulsora do sistema, nasce

³ Ainda é bastante diversificada a nomenclatura utilizada pela doutrina nas considerações sobre os direitos e garantias individuais receberam, e ainda recebem, diversas denominações na doutrina, em declarações de direito e em textos de direito positivo, tais como “*liberdades públicas, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, direitos do homem, direitos naturais, direitos fundamentais do homem, direitos do cidadão, direitos da pessoa humana, etc.*”. Essas denominações variaram desde o início do reconhecimento formal desses direitos pelos Estados até os dias atuais, sendo que a ampliação do rol dos direitos fundamentais em sua evolução histórica contribuiu para a enorme diversidade terminológica atualmente existente. Nos dias atuais, tanto a doutrina quanto os textos normativos continuam empregando expressões diversas para indicar os direitos e garantias individuais, o que gera grande dificuldade quando se pretende verificar se os doutrinadores e legisladores pretendem se referir à mesma noção ou a noções diferentes. Assim, para o desenvolvimento do texto, e conscientes da dificuldade terminológica que envolve o tema, utilizaremos a designação que o constituinte brasileiro se valeu ao estabelecer os princípios que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais: direitos humanos.



atrelada à existência de uma lei escrita, regra geral e uniforme, igualmente aplicada a todos que vivem em sociedade.

Apresentando o tema, podemos⁴ dividir cronologicamente a história dos direitos humanos em três fases⁵: i) A fase inicial que começa na pré-história e vai até o século XVI; ii) A fase intermediária de elaboração da doutrina jus naturalista e a afirmação dos direitos naturais do homem, e iii) a fase da constitucionalização desses direitos, iniciada em 1776.

Na primeira fase, notadamente na Grécia, surgiram duas concepções fundamentais de pensar o homem e a sua natureza no cosmos, fatores determinantes para o relacionamento do homem com o poder, com as divindades e com os outros homens. Pela primeira concepção, a mecanicista,⁶ a ação do homem, não era consequência de um evento da natureza, mas sim de uma opção racional voltada para a busca de sua satisfação pessoal e do afastamento da dor. Já na concepção finalista⁷ a ação do homem estava predeterminada pela sua simples inserção no cosmos, e, portanto, uma consequência da natureza, a partir desse raciocínio, e inspirando-se em Heráclito, Platão e Aristóteles⁸, os estoicos e outros

⁴ Como sabemos a história dos direitos fundamentais do homem jamais poderia ser resumida assim, salvo com esse exclusivo propósito. Existe literatura vasta e abundante voltada apenas à explicação da evolução dos direitos na história da humanidade.

⁵ Antes disso, o período axial, compreendido entre os séculos VIII e II A.C., e considerado o eixo histórico da humanidade, coexistiram e se comunicaram entre si alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratuska na Pérsia, Buda na Índia, Lao Tse e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia, Isaías, em Israel, todos eles partilhando dos mesmos ideais sobre o ser humano e sua liberdade e razão, inobstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião, hábitos, idiomas e costumes.

⁶ Concepção mecanicista foi defendida pelos sofistas, mas também por Epicuro, e, por esse entendimento, uma vez que há uma variedade enorme de objetos que causam prazer e dor, o comportamento do homem seria justificadamente instável.

⁷ A concepção finalista, defendida por Platão e Aristóteles, subordinava o homem ao cosmos. O sentido da sua existência tinha que ser pensado no quadro da ordem que reinava no cosmos. A ação humana orientava-se, de acordo com a sua natureza, para o fim último para cujo cumprimento estava orientada. Não se trata de saber o que leva o homem a agir, mas sim, onde reside a sua perfeição ou plenitude das suas tendências naturais. Inspirando-se em Heráclito, Platão e Aristóteles, os estoicos e outros filósofos desenvolveram a noção de lei natural. Esta lei governava o Cosmos e definia a natureza dos homens e o seu lugar na hierarquia cósmica.

⁸ A concepção de Aristóteles sobre natureza humana foi talvez aquela que maior repercussão teve no pensamento ocidental. Cada espécie tem a sua própria natureza à qual correspondem certas capacidades de atuação cujo fim é precisamente realizar-se ou atualizar-se. O homem é por natureza um ser social "um animal político", o mesmo é dizer, por natureza tende a viver em comunidade e a constituir formas de organização mais perfeitas, como o Estado. Identificar estas tendências naturais é descobrir aquilo que o homem é por natureza, assim como definir o comportamento que o mesmo tende a adotar



filósofos, os finalistas desenvolveram uma noção de lei natural que governava o cosmos, que governava o homem.

Assim, são lançadas as bases para o desenvolvimento de uma concepção de direito natural, já que o homem, dotado de racionalidade,⁹ é capaz de, deduzindo da ordem que governa o mundo¹⁰ e da sua natureza própria, escolher entre harmonizar suas ações ou não, adequando-se ou repudiando voluntariamente a ordem natural, o direito natural, e conseqüentemente optando entre a felicidade e a infelicidade.

O século XVI traz novidades; surgem novas terras, novos povos, e novos problemas sobre o direito natural. As descobertas territoriais levantam o questionamento sobre a natureza humana, que se evidencia nas demandas necessárias para a dominação do novo continente. Simultaneamente a igualdade é posta em cheque pela Igreja que inicia sistemática perseguição com o processo inquisitório¹¹, na França as desigualdades fundamentam-se na distinção da origem dos homens¹². As concepções de direito natural são profundamente alteradas, já não há mais a antiga ideia de um universo fechado e hierarquizado, não havendo também justificativa para a definição do cosmos como fundamento de todo direito.

⁹ Os romanos, na sua fase Imperial, desenvolveram o conceito de uma natureza comum a todos os homens, e que pode ser conhecida por *ratio* (razão), que só é patrimônio dos homens. Esta natureza comum torna-se fundamento das próprias leis.

¹⁰ Sobre a mesma idéia debatem-se os pensadores. Santo Agostinho defende a existência de normas reguladoras da ordem universal, embora só utilize a expressão "lei eterna" para se referir à lei moral natural que se encontra gravada no coração de todos os homens. A lei eterna manda conservar a ordem natural e proíbe perturbá-la. As leis temporais devem fundar-se nas leis eternas respeitando-as. Já São Tomás Aquino (séc.XIII), defende a existência de uma lei universal que regula o comportamento de todos os seres, incluindo o comportamento humano. O homem dado que é livre está submetido também às leis morais, as quais na sua totalidade são denominadas "leis naturais". Seguindo uma concepção aristotélica afirma que o ser humano, como qualquer ser, tem certas tendências enraizadas na sua natureza. O homem distingue-se dos restantes animais pela sua racionalidade, e por ser capaz de reconhecer as suas próprias tendências naturais e de procurar adequar a sua conduta às mesmas. O conteúdo da lei natural deduz-se as três grandes tendências naturais: a) o ser humano tende a conservar a sua existência; b) a procriar; d) a conhecer a verdade e a viver em sociedade.

¹¹ Os teólogos católicos negam a possibilidade de se "limpar o sangue" dos judeus e muçulmanos, assim como os seus descendentes. Todas as conversões ou cruzamentos seriam inúteis nesta tarefa. A religião judaica ou muçulmana, segundo esta concepção, afeta de tal forma os seres humanos que a seguem, que estes adquirem por esse fato uma outra natureza.

¹² Os nobres na Europa eram originários de raça distinta dos povos. Trata-se de uma teoria congruente, com o a teoria divina do poder.



Se a lei universal decorrente do cosmos já não serve como fundamento para a existência de uma lei que justifique todas as outras, a saída foi a busca de outra solução que atingisse o mesmo objetivo. A teologia e a ética serviram bem ao propósito, isoladamente apresentando o fundamento do direito natural em Deus, ou na própria natureza do homem, ou aplicadas em conjunto, os ideais éticos e teológicos, que acabaram por se fundir nas exigências da própria racionalidade ao se identificar com a razão, que é natural do homem^{13/14/15}. O estabelecimento desta nova perspectiva, aliado aos gravíssimos problemas sociais do século XVIII desencadearam a terceira fase do processo de evolução cronológica dos direitos humanos, e a sua efetiva constitucionalização. É impossível dissociar a história dos direitos humanos da história do direito constitucional, apenas a partir da contenção do poder estatal é que esses direitos passaram efetivamente a ser tutelados. Assim, em relação à Magna Carta, de 1215¹⁶, a Petição de Direitos de 1628¹⁷ e o Habeas Corpus de 1679, entre alguns¹⁸.

¹³ Hugo Grotius (1583), fundador do direito natural moderno, na sua obra *De iure belli ac pacis* (1625), afirma que a base de toda a sociedade humana está na razão e na natureza. O Direito Natural, como o conjunto de regras determinadas pela razão, regula a sociedade, e está conforme à reta razão. A vida, a dignidade humana e a propriedade são um direito natural, e não podem portanto serem negadas a nenhum ser humano.

¹⁴ Thomas Hobbes (1588-1679) desenvolve toda uma teoria política e do Estado, baseado apenas na análise da natureza humana.

¹⁵ John Locke, afirma que o Direito está enraizado numa "lei da natureza", da qual diz "deriva a própria constituição do mundo, em que todas as coisas observam nas suas operações uma lei e um modo de existência adequada à sua natureza" (Locke, Ensaio sobre a Lei Natural). Mais tarde afirmará que a lei da natureza é a lei da razão (Locke, Segundo Tratado do Governo Civil). Idéia que é congruente com o seu conceito de uma natureza humana, assente em três direitos naturais: a vida, a liberdade e os bens que cada um acumula.

As sociedades foram constituídas, segundo Locke, para garantir estes direitos e não para limitá-los ou destruí-los. A tolerância religiosa, por exemplo, fundamenta-se também na liberdade inerente à natureza humana. Cada um é livre de professar a crença que bem entender nem o Estado, nem a Igreja podem interferir neste domínio que só diz respeito a cada um.

¹⁶ A Magna Carta foi firmada em 15 de junho de 1215, em texto redigido em latim, dificultando seu entendimento, não se constituía em uma criação original ou num modelo constitucional, mas continha com 67 cláusulas que, pela primeira vez afrontavam o poder absoluto de um soberano, sendo que ao menos 12 delas beneficiavam diretamente o povo, embora não criasse nenhum direito novo.

¹⁷ Petition of Rights, de 1628, elencava diversas proteções tributárias que garantiam a liberdade do indivíduo em hipótese de inadimplência.

¹⁸ A história apresenta outros documentos anteriores aos textos constitucionais, mas na proposta que apresentamos, para a divisão do tema, tais textos não encontram respaldo cronológico ou ideológico.



No entanto, a efetiva proteção dos direitos humanos surge com o modelo constitucional de Estado, consequência de três acontecimentos que modificaram o sistema social e os valores políticos reinantes até aquele momento na Europa e na América. Esses eventos são: a Revolução Inglesa¹⁹, A Revolução Americana²⁰ e a Revolução Francesa²¹, que trouxeram por consequência o modelo de Estado Constitucional em que os direitos humanos passaram a ser reconhecidos como estruturais e fundamentais para a vida do homem, primeiro e último destinatário da existência do Estado.

Esses movimentos são essenciais para o desenvolvimento de uma concepção universal de direitos humanos, pois foi apenas a partir daí, e destacadamente da Revolução Francesa que surgiram os primeiros sinais de um direito comum a todos os homens. Esses três documentos, A Declaração Francesa, A Declaração América e a Declaração Inglesa, são a base da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Por esse prisma é de se concluir que a todo tempo, e contemporaneamente ao desenvolvimento da sociedade, os sistemas de proteção de direitos apareceram e foram se agregando uns aos outros, evidenciando a preocupação cada vez mais profunda do homem com a tutela dos seus direitos, preocupação esta quase sempre

¹⁹ Revolução Inglesa "Glorious Revolution" ocorreu em 1688. Já em 1689, o Parlamento aprovou e o Rei sancionou o "Bill of Rights" ou "Declaração de Direitos". Essa lei limitou a autoridade do monarca, deu garantias ao Parlamento e assegurou os direitos civis e as liberdades individuais de todos os cidadãos ingleses. Bill of Rights era dotada de 13 artigos que cristalizavam e consolidavam os ideais políticos do povo inglês, expressando significativas restrições ao poder estatal, regulamentando o princípio da legalidade, criando o direito de petição, assim como imunidades parlamentares. Entretanto, restringia vigorosamente a liberdade religiosa. A projeção da Carta deve-se ainda ao fato de apresenta o valor da liberdade pelo simples fato do nascimento e, principalmente, a extinção do direito divino dos reis.

²⁰ A Revolução Americana deu-se a partir de 1776 e culmina com a Constituição Americana de 1789. A Independência dos Estados Unidos é considerada a primeira revolução americana (a segunda foi a Guerra de Secessão, também nos Estados Unidos). Ela foi um marco na crise do antigo regime porque rompeu a unidade do sistema colonial. Ainda em 1791 são ratificadas as dez primeiras emendas à Constituição americana, que determinam com clareza os limites do Estado e definem os campos aos quais a liberdade deve ser estendida aos cidadãos. Embora as emendas garantam liberdade de culto, de palavra, de imprensa, de reuniões pacíficas e de se dirigir aos ingleses, ainda promovem distinção entre os homens, já que não aboliram a escravatura.

²¹ Revolução Francesa deu-se em 1789.



fundada na relação do homem com o poder²², com o divino²³, com a religião^{24/25} e com a filosofia²⁶.

1.1 A Implementação dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: as Cortes Internacionais

Os sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, apesar de hoje estarem distribuídos em continentes diferentes, com valores religiosos, econômicos, sociais e culturais absurdamente diversificados, foram todos fundamentados na constatação de que os direitos humanos são universais, e que o Estado é o grande violador destes direitos²⁷.

²² Os gregos, principalmente através dos princípios enfocados pela democracia direta proposta por Péricles, igualmente contribuíram para a construção do edifício jurídico onde se amparam os fundamentos dos direitos essenciais do homem.

²³ A Lei das XII Tábuas é considerada marco inicial da defesa da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão.

²⁴ O direito começava a viver entre os homens, procedente dos deuses, por dádivas divinas, através dos profetas-estadistas e dos soberanos tocados da luz dos primeiros esclarecimentos jurídicos. Deste modo, os súditos não contavam com qualquer referência comportamental que lhes garantisse os direitos mais fundamentais. A lei de talião, antiga pena proveniente do chamado direito vindicativo - que constituía em infligir ao condenado mal completamente idêntico ao praticado - colaborou com todas as primitivas ordenações jurídicas através do princípio: "olho por olho, dente por dente, braço por braço, vida por vida." Tal princípio foi absorvido tanto pela legislação mosaico (Êxodo - XXI, 22-25) quanto pelo Alcorão próprio "Código de Hamurabi" (1690 a.C.) exibe a figura de Schamasch, o deus Sol, confiando à capacidade do imperador a garantia do toque divino ao ordenamento jurídico então imposto. Mesmo os legisladores da Revolução Francesa invocaram os auspícios divinos para inspirar suas pretensões. "Para fundar os direitos do homem, Paine oferece uma justificação - e não podia então ser de outro modo - religiosa. Segundo ele, para encontrar o fundamento dos direitos do homem, é preciso não permanecer na história, como fizera Burke, mas transcender a história e chegar ao momento da origem, quando o homem surgiu das mãos do Criador."

²⁵ O Cristianismo, seguindo a tradição judaica, afirma que existe apenas um único Deus, criador de todas as coisas. Deus criou não apenas o mundo, mas definiu a lei que o governa. A lei natural subordina-se à lei divina. Os homens são filhos de Deus e possuem apenas uma única natureza, tendo sido criados à sua imagem e semelhança. A natureza e todas as criaturas estão submetidas à lei divina, e no caso destes também à lei moral. A sociedade medieval estava estruturada segundo uma ordem hierárquica, que correspondia à hierarquia que se podia observar na natureza. No topo estão os que governam, seguidos do que a defendem e os que rezam, tendo na base os que trabalham.

²⁶ Immanuel Kant. *Crítica da razão Pura*.

²⁷ Como o objetivo do texto não é o desenvolvimento de um conceito, ou a apresentação de conceitos já formulados sobre o tema, optamos por apresentar apenas a característica que relaciona o tema com a tutela internacional, ou seja, a universalidade dos direitos humanos.



O final da segunda grande guerra mundial trouxe a organização da sociedade internacional no sentido contrário ao da guerra, da violência e das lesões à dignidade da pessoa humana. Surge a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948²⁸, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, documento que veio a coroar um movimento que se desenvolveu durante toda primeira metade do século XX com a criação, entre outros, do Tratado de Versalhes²⁹, em 1919³⁰, com o Tratado Germano Polonês em 1923, com a Conferência Pan-Americana de Lima, em 1938, com a Carta da ONU em 1945³¹, e com a Declaração Americana, também em 1948.

²⁸ Antes disso alguns diplomas já evidenciavam a preocupação do homem na tutela dos seus direitos fundamentais. No século XX, e entre outros: Em 1948: Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio ONU; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Convenção Interamericana sobre a concessão dos Direitos políticos à Mulher; A ONU proclama a Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive o direito à rebelião contra a tirania; Proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU; Assinada, em Bogotá, a Carta Constitutiva da Organização dos Estados Americanos OEA. Em 1945: Carta das Nações Unidas; Criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1942: Declaração das Nações Unidas. Em 1933: Convenção Internacional relativa à repressão do tráfico de mulheres; Protocolo de Emenda da Convenção para Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, Convenção para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores. Em 1929: A Convenção de Genebra relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra. Em 1926: Convenção de Genebra - Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra; A Convenção de Genebra sobre a Escravatura. Em 1920: Criada a Liga das Nações. Em 1919: Constituição da República de Weimar; Criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho. Em 1918: Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado URSS. Em 1917: Constituição Mexicana. Em 1907: Conferência da Paz de Haia, Holanda. Rui Barbosa, delegado do Brasil, defende a igualdade das nações.

²⁹ A Conferência de Paz de Versalhes, realizada no palácio de Versalhes, em Paris, França, aconteceu entre 1919 e 1920 com o objetivo de estabelecer os termos para a organização do final da guerra mundial. Os vencidos alemães são obrigados a aceitar os 440 itens da Conferência, que basicamente traduzem os interesses franceses, americanos e ingleses. A aceitação do tratado pelos vencidos não foi fácil, e sua assinatura pelos alemães só se deu após a ameaça de invasão pelos vencedores.

³⁰ No mesmo ano é criada a Organização Internacional do Trabalho. O Brasil é membro fundador e um dos dez membros permanentes do Conselho de Administração, além de ser o País com a décima maior contribuição orçamentária da Organização - a mais alta entre os países em desenvolvimento. O Brasil é parte, ainda, de cinco das sete convenções consideradas fundamentais da OIT. É aqui, pela primeira vez que o homem passa a ser, na relação de trabalho, centro de direitos.

³¹ A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta.



A identificação com as aflições partilhadas pela civilização do pós-guerra fez com que a Declaração Universal passasse a servir de modelo para todas as demais³², e trouxe para a luz a característica essencial presente nos direitos humanos, que o faz superar questões de conceituação e de competência para a busca da efetiva proteção dos direitos tutelados: a universalidade³³. A concepção universal de direitos humanos decorre da ideia de inerência, são aqueles que existem pelo simples fato de pertencermos a uma categoria, a uma espécie: a espécie humana³⁴.

Infelizmente, porém, todas as declarações padecem do mesmo problema: a impossibilidade de assegurar o cumprimento dos seus comandos. E é a partir daí, da percepção de que os textos declaratórios por si só não teriam o poder de impedir lesões a direitos humanos, que aparecem os movimentos de sistematização com a criação de comissões e de cortes internacionais de direitos humanos.

Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos se apresentam com o fim de assegurar o cumprimento dos direitos assegurados nos textos declaratórios. Temos hoje um Tribunal Penal Internacional voltado para a apuração dos mais

³² Mesmo que tenha sido editado posteriormente à Declaração Americana, referências expressas à Declaração Universal encontram-se, significativamente, nos preâmbulos não só das Convenções de direitos humanos das Nações Unidas, como também nos das Convenções regionais vigentes – as Convenções Européia (1950) e Americana (1969) sobre Direitos Humanos e a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (1981).

³³ Os direitos humanos não estão vinculados à cor, raça, opção religiosa, capacidade financeira, estado civil, sexo, ou qualquer outra variável. O Direito Internacional dos Direitos Humanos adotou tal concepção, como exemplifica o artigo 1º da Declaração Universal de 1948, prevendo que: *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados que são de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros.* Tal concepção vem sendo reafirmada a cada momento, como se vê na Proclamação de Teerã, promulgada em 1068, em que se afirma: *“A Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia uma concepção comum a todos os povos dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana e a declara obrigatória para toda a comunidade internacional”.* Passados trinta anos, quando da segunda Conferência Internacional dos Direitos Humanos (Viena, 1993), prevaleceu a concepção segundo a qual: *“A natureza universal desses direitos e liberdades não pode ser questionada.”* No mesmo sentido, o item quinto da Declaração originada daquele conferência dispõe que as peculiaridades regionais e nacionais, os contextos histórico, cultural e religioso, ainda que importantes, não servem de obstáculo à obrigação estatal de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

³⁴ Como o objetivo do texto não é o desenvolvimento de um conceito, ou a apresentação de conceitos já formulados sobre o tema, optamos por apresentar apenas a característica que relaciona o tema com a tutela internacional, ou seja, a universalidade dos direitos humanos.



graves crimes que possam ser praticados: o genocídio, os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de agressão. E ainda vários sistemas regionais: o Americano, o Europeu, o Africano, o Asiático e o da Liga dos Estados Árabes.

1.1.1 O Modelo Americano: o Brasil e o caso da Guerrilha do Araguaia

O mesmo movimento de internacionalização que eclodiu na Europa foi responsável pelo desenvolvimento do sistema americano de proteção. Na esteira da criação de organismos internacionais, a América viu nascer em 1948³⁵ a Organização dos Estados Americanos,³⁶ entidade que foi criada por vinte e uma nações das Américas³⁷, com o propósito de defender interesses comuns e a Democracia.

Juntamente com a Carta da Organização dos Estados Americanos surge a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que aparece com a finalidade de dar cumprimentos às disposições da Carta, especialmente no que se refere à necessidade de proteção dos direitos e garantias por ela estabelecidos. A Declaração Americana foi o primeiro documento internacional de proteção dos direitos humanos.

O estabelecimento de um organismo internacional de coalizão dos Estados Americanos serve como estrutura para a criação do sistema de proteção, que na

³⁵ Foi no começo do século XIX, notadamente em 1826 a primeira manifestação coletiva dos Estados Americanos com o Tratado do Panamá, mas apenas no final deste mesmo século, em 1890, que se realizou em Washington, d.C., a Primeira Conferência Internacional Americana, criando a União Internacional das Repúblicas Americanas, que promoveu sucessivas conferências internacionais nas Américas, a saber: na Cidade do México, México (1901), no Rio de Janeiro, Brasil (1906), em Buenos Aires, Argentina (1910), em Santiago, Chile (1923), em Havana, Cuba (1928), em Montevideu, Uruguai (1933), e em Lima, Peru (1938).

³⁶ “A Organização dos Estados Americanos (OEA) aproxima as nações do Hemisfério Ocidental com vistas a fortalecer mutuamente os Valores Democráticos, defender interesses comuns e debater um grande número de temas regionais e mundiais. A OEA é o principal Fórum Multilateral do Hemisfério para o fortalecimento da Democracia, bem como para a Promoção dos Direitos Humanos e para a discussão de problemas comuns, tais como: Pobreza, Terrorismo, Drogas e Corrupção”.<http://www.oas.org/>

³⁷ Em 1948, durante a Nona Conferência Internacional Americana, os participantes assinaram a Carta da OEA e a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem.



América é duplo e composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos, que iniciou suas atividades em 1959 e tem sede em Washington, é composta por sete (sete) juízes, representa todos os países integrantes da OEA. As funções da Comissão Interamericana de Direitos Humanos são estabelecidas de acordo com a aceitação ou não pelo Estado da Convenção Americana de Direitos Humanos. Explica-se: o sistema interamericano é dividido pela aceitação ou não deste instrumento. Para os países que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana, o papel da Comissão fica estabelecido pelo artigo 18 do Estatuto da Comissão³⁸, e que são basicamente de consultivos e recomendatórios, sem possibilidade de aplicação de qualquer tipo de sanção.

Já com relação aos Estados que adotaram a Convenção Americana e aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Comissão funciona como um tribunal de admissibilidade de petições individuais, que serão ou não encaminhadas à Corte³⁹. O procedimento perante a Comissão pode ser apresentado por qualquer pessoa, grupo de pessoas, organização internacional, Estado-parte da Organização dos Estados Americanos. Já o procedimento perante a Corte apenas pode ser iniciado mediante apresentação pela Comissão e pelos Estados que são partes da Convenção.

Assim, por outro lado do Sistema Americano temos a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem sede na Costa Rica, e foi criada em 1969, juntamente com a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas só passou a funcionar em 1978. A jurisdição da Corte só é obrigatória para os Estados que a adotarem e, conseqüentemente, não atinge todos os países da América.

Dessa forma, há na América uma dupla possibilidade de julgamentos por infrações aos direitos humanos: os países que aceitam a jurisdição da Corte

³⁸ Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>>.

³⁹ Artigo 19 do Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.



Interamericana serão avaliados pela Comissão Interamericana, e apenas a Comissão terá o poder de submeter as reclamações à Corte Interamericana. Já os países que não aceitam a jurisdição da Corte Interamericana ficam submetidos apenas às considerações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta colocação é evidenciada pelo próprio Estatuto da Comissão ao estabelecer que se entende por direitos humanos: a) os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados-Partes da mesma; b) os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.

Apesar do modelo da Convenção ter sido criado em 1969, e entrado em vigor em 1978, o Brasil somente incorporou o sistema com a subscrição da Convenção Interamericana em 1992, e passou a reconhecer a competência da Corte em 1998.

Apesar do grande número de reclamações apresentadas contra o Brasil na Comissão Interamericana, apenas um pequeno número delas foi encaminhado para a Corte Interamericana. Entre elas os casos contenciosos: Ximenes Lopes⁴⁰, o caso Nogueira de Carvalho⁴¹, o caso Escher e outros⁴², o caso Garibaldi⁴³, e por fim o caso da Guerrilha do Araguaia.

⁴⁰ Primeira condenação brasileira pela Corte. Transcrições: "O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença. O Estado deve pagar em dinheiro indenização para a mãe (R\$ 117.766,35), a irmã (R\$ 105.319,50), o pai (R\$ 28.723,50) e o irmão (R\$ 28.723,50) do Senhor Damião Ximenes" O valor foi pago pelo Decreto 6.185 de 2007.

⁴¹ O caso foi submetido a julgamento em 28 de Novembro de 2006 e foi arquivado em razão da inexistência de violação às garantias judiciais estabelecidas nos artigos 8º e 25 da Convenção Americana.

⁴² Pela decisão proferida: "O Estado violou o direito à vida privada e o direito à honra e à reputação reconhecida no artigo 11 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pela interceptação, gravação e divulgação das suas conversas telefônicas, nos termos dos parágrafos 125 a 146 e 150 a 164 da presente Sentença. O Estado violou o direito à liberdade de associação reconhecido no artigo 16 da

Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 da mesma, em prejuízo dos senhores Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral e Celso Aghinoni, pelas alterações no exercício desse direito, nos termos dos parágrafos 169 a 180 da



É justamente neste último caso que buscamos fundamento para este raciocínio. O caso se refere às pessoas presumivelmente mortas nas operações do Araguaia durante o período compreendido entre os anos de 1972 e 1975.

Em relação aos desaparecidos foi proposta ação nos anos 80 por, entre outros, Júlia Gomes Lund, já morta, mãe do guerrilheiro Guilherme Lund. Desde então os parentes duelam com o Estado perante os juízes e Tribunais brasileiros. Pretendiam obter dados sobre o desaparecimento e morte desses guerrilheiros, assim como localizar os corpos para destinação final. A Comissão Interamericana já recomendou⁴⁴ inicialmente que o Brasil identificasse os responsáveis pelos desaparecimentos e concedesse indenizações. A reclamação foi encaminhada à Corte Interamericana.

O objeto desta demanda consistia em declarar que o Brasil é responsável internacionalmente pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento dos membros do Partido Comunista do Brasil e dos moradores da região listados como vítimas.

Fomos novamente condenados.

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

Assevera ainda a Corte Interamericana que o Brasil é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal. E que o Estado brasileiro descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à

presente Sentença.” Texto integral em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf>.

⁴³ O caso de Sétimo Garibaldi: O Brasil foi condenado por ter violado direito às garantias judiciais e à proteção judicial.

⁴⁴ Decisão da Comissão na íntegra: <http://www.cidh.org/Comunicados/Port/16_09port.htm>.



Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial pela falta de investigação dos fatos do caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas.

Reconhece também a Corte que o Brasil é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, pela violação dos direitos às garantias judiciais, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária. Assinalando, por fim, que o Estado também é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, em prejuízo dos familiares das vítimas. Isso porque, em virtude da Lei n.º 6.683/79⁴⁵, promulgada

⁴⁵ Lei da Anistia de 28 de Agosto de 1979. 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 conexo 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 - Excetua-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. Art. 3º O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração. § 1º - Os requerimentos serão processados e instituídos por comissões especialmente designadas pela autoridade a qual caiba a apreciá-los. § 2º - O despacho decisório será proferido nos cento e oitenta dias seguintes ao recebimento do pedido. § 3º - No caso de deferimento, o servidor civil será incluído em Quadro Suplementar e o Militar de acordo com o que estabelecer o Decreto a que se refere o art. 13 desta Lei. § 4º - O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbabilidade do servidor. Art. 6º O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministro Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano § 1º - Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes. § 2º - O juiz designará audiência, que, na presença do órgão do Ministério Público, será realizada nos 10 (dez) dias seguintes ao da apresentação do requerente e proferirá, tanto que concluída a instrução, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, sentença, da qual, se concessiva do pedido, não caberá recurso. § 3º - Se os documentos apresentados pelo requerente constituírem prova suficiente do desaparecimento, o



pelo governo militar do Brasil, não se levou a cabo uma investigação penal com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado das 70 vítimas desaparecidas, e pela execução extrajudicial de Maria Lucia Petit da Silva. Na percepção da Corte, os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos, não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada o acesso à informação sobre os acontecimentos, e as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares das vítimas desaparecidas e da pessoa executada, afetando a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

Cumprido ressaltar que em decisão proferida em 29 de Abril de 2010 o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental⁴⁶ n.º 153 em que se questionava a constitucionalidade do artigo 1º da Lei de Anistia.

juiz, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, proferirá, no prazo de 5 (cinco) dias e independentemente de audiência, sentença, da qual, se concessiva, não caberá recurso. § 4º - Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva. Art. 7º A conhecida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, haja sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical. Art. 8º Os anistiados, em relação as infrações e penalidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do serviço militar, os que à época do recrutamento, se encontravam, por motivos políticos, exilados ou impossibilitados de se apresentarem. Parágrafo único. O disposto nesse artigo aplica-se aos dependentes do anistiado. Art. 9º Terão os benefícios da anistia os dirigentes e representantes sindicais punidos pelos Atos a que se refere o art. 1º, ou que tenham sofrido punições disciplinares incorrido em faltas ao serviço naquele período, desde que não excedentes de 30 (trinta) dias, bem como os estudantes. Art. 10. Aos servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no art. 11. Art. 11. Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, saldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos. Art. 12. Os anistiados que se inscreveram em partido político legalmente constituído poderão voltar e ser votados nas convenções partidárias a se realizarem no prazo de 1 (um) ano a partir da vigência desta Lei.

⁴⁶ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB propõe arguição de descumprimento de preceito fundamental objetivando a declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979. A concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes



O voto do Ministro Relator destacou que a Lei de Anistia foi “*uma lei-medida*”⁴⁷, não uma regra para o futuro e, como tal, deve “*interpretar-se em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual foi criada e não a realidade atual*”. Nesse sentido, a Lei implementou “uma decisão política do momento da transição conciliada de 1979”, uma vez que “foram todos absolvidos, uns absolvendo-se a si mesmos”. A lei, efetivamente, incluiu na anistia os “agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar”⁴⁸. Nesse sentido, o acordo realizado pela classe política, que possibilitou a transição para o Estado de Direito “resultou em um texto de lei e, portanto, quem poderia revê-lo seria exclusivamente o Poder Legislativo. Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe alterar textos normativos concessivos de anistias”. Ao final, abordando a tese da recepção ou não da Lei 6.683/79 na nova ordem constitucional democrática, salientou que “a Lei de Anistia de 1979 já não pertence à ordem decaída. Está integrada na nova ordem constitucional. Constitui a origem da nova norma fundamental” e, portanto, “sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável”.

A improcedência da ação decidida por sete votos a dois, no entanto, não parece ter o poder de afastar do Brasil a incidência da decisão proferida pela corte.

2 A DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE INTERAMERICANA E A NECESSIDADE DE UMA VISÃO INTEGRADORA DA SOBERANIA

O objeto deste trabalho não é o de enfrentar questões conturbadas relacionadas ao exercício do poder político como a legalidade, a legitimidade, e a

políticos estender-se-ia, segundo esse preceito, aos crimes conexos – crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

⁴⁷ Segundo o relator, as leis-medida “disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. [...] As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico do pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material”.

⁴⁸ Segundo o relator, “o que caracteriza a anistia é a sua objetividade, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas [...] A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”.



democracia. O que pretendemos é estabelecer uma conexão entre o poder estatal e a proteção dos Direitos Humanos.

Há aparentemente um conflito: o Estado Juiz nacional proferiu uma decisão em que não houve a declaração de inconstitucionalidade do disposto na Lei de Anistia, e, de outra banda, a Corte Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

O paradoxo é inexistente. Todo o ideal de organização política pode ser fundamentado em uma palavra: liberdade. Para nós, qualquer discussão em torno da implementação dos direitos humanos passa necessariamente pela abordagem das questões democráticas, e é impossível falar em democracia sem enfrentar a questão da soberania.

Por certo a abordagem deste trabalho apenas tangencia a dimensão política e jurídica deste valor. Não pretendemos aqui nos aprofundar nas questões relacionadas à Teoria do Estado ou as Relações Internacionais, nossa proposta é puramente epistemológica: que tipo de conhecimento nós podemos ter em relação à soberania do Estado que possa justificar a implementação ou não de decisões internacionais em território nacional?

Para a implementação do raciocínio temos também que pré-conceber a ideia de que os direitos humanos são valores globais, e que os direitos da personalidade que embasam as ideias aqui defendidas são também universais.

O conceito de direitos humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente: existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres. (PANNIKAR, 1996, p. 202, 206, 207)

Partindo dessas premissas cabe a nós buscar o fundamento de uma ideia que justifique a existência simultânea de Cortes Internacionais e Estados soberanos.



Como já foi dito e sendo uma declaração de simplicidade absoluta, não é difícil aceitar o fato de que a origem, a natureza, e a evolução dos sistemas de proteção dos direitos fundamentais do homem são importantes não apenas em razão do seu objeto por si mesmo. Falar em direitos humanos e falar sobre a dinâmica das relações entre a atividade do estado e a liberdade do homem.

Nesse sentido a preocupação do homem com a tutela e a proteção dos seus direitos traz como reflexo a necessidade de positivação desses direitos, o que torna a ideia de proteção contemporânea aos movimentos de codificação dos sistemas normativos⁴⁹. A partir daí é possível perceber que a mola propulsora do sistema, a ideia de igualdade entre os homens, surge atrelada à existência de uma lei escrita, regra geral e uniforme, igualmente aplicada a todos que vivem em sociedade.

De outra banda, a conscientização do indivíduo de que o Estado tem o poder de ser o alçoz dos direitos fundamentais trouxe como consequência imediata a preocupação com a criação de um sistema de proteção dos direitos humanos que se colocasse acima do Estado. Assim, o embate apresentado é consequência lógica da preocupação final.

Criamos as organizações políticas com o propósito de organizar e proteger sistemas e instituições. Esses por sua vez são instrumentos para efetivação do equilíbrio entre as relações do Estado com o indivíduo. Para sua formação e seu reconhecimento o Estado precisa de um poder que se equipare a todos os demais poderes na ordem internacional, e seja o maior de todos os poderes no âmbito interno, com o monopólio da coação. Por esse raciocínio o Estado só existe na medida em que tem sua soberania reconhecida interna e internacionalmente.

Mas como podemos acreditar que esse poder soberano, utilizado para criação da organização política Estatal pode servir de impedimento para a implementação nesta mesma organização dos maiores valores por ela perseguidos? Como podemos aceitar o fato de que o Estado, sob argumento da proteção da sua soberania, deixe de aplicar decisões internacionais que protegem direitos inerentes à condição do próprio Estado?

⁴⁹ A ideia da codificação não é capaz de impedir a tese da existência do direito natural presente no pensamento jusnaturalista.



Não podemos acreditar e não podemos aceitar.

A visão do Estado está ligada com a preocupação na proteção do homem, foi este o ponto de partida para a criação destas ficções jurídicas dotadas de personalidade própria. A equação apresentada coloca como vértices a proteção dos direitos humanos, dos direitos da personalidade. As cortes internacionais e os estados têm isso em comum, tem essa ideia como sua fonte de validade. Só existem Estados e Cortes Internacionais porque pré-existe a preocupação com a proteção dos direitos do homem,

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O retrospecto da experiência humana é capaz de tornar inquestionável a declaração que a proteção dos direitos humanos não pode ficar atrelada aos sistemas nacionais. É forçoso constatar que é o Estado na grande parte das vezes o maior dos violadores dos direitos do homem. Esse paradoxo é especial na medida em que a realidade do Estado moderno é consequência do processo de constitucionalização dos direitos e liberdades públicas. Assim o Estado de Direito e a proteção dos Direitos Humanos estão historicamente entrelaçados.

A partir dessa percepção as relações e organismos internacionais passaram a servir de palco para um novo modelo protetivo, sediado na ideia da condição humana com requisito mínimo para a tutela dos valores inerentes à nossa espécie. O passo seguinte foi a criação de Cortes Internacionais, que acabaram por se dividir pelos continentes, o que coloca o Brasil à mercê do Sistema Interamericano.

As bases normativas que fundamentam os pedidos dos reclamantes brasileiros encontram-se na Declaração Americana dos Direitos do Homem e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ambos os textos trazem os valores perseguidos, especialmente os especificados no relatório da Comissão Interamericana⁵⁰. São valores como o direito à vida, à liberdade, ao reconhecimento

⁵⁰ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social,



da personalidade jurídica, ao julgamento, ao respeito aos direitos. São direitos sem os quais não há vida digna, sem os quais a existência fica sem sentido.

A problemática atual traz a lume a difícil revisão interpretativa do valor soberania, atrelado à identidade do Estado. O fato é que o reconhecimento internacional dos direitos humanos e a existência de sistemas de proteção são o reflexo de um processo de amadurecimento que teve como marco epistemológico a segunda grande guerra mundial.

O quadro é paradoxal e evidencia o balanço da nossa incompetência atual em resolver problemas básicos atinentes à proteção dos direitos humanos: o mesmo Estado que voluntariamente adere a um tratado internacional é aquele que viola direitos individuais e coletivos. O mesmo poder que viabiliza essas estruturas jurídicas fictícias e reconhece toda a sistemática para sua implementação é aquele que por essência impede a coexistência de outras forças.

posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Artigo 3. Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica: Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica. Artigo 4. Direito à vida: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. Artigo 5. Direito à integridade pessoal: Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. Artigo 8º. Garantias judiciais: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. Artigo 25. Proteção judicial. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.



Na situação atual, a implementação das decisões no âmbito interno dos Estados-Partes de um sistema internacional de proteção fica condicionada à vontade política e à capacidade jurídica. Não nos parece correto.

Nesse sentido, a decisão proferida pela Corte Interamericana no caso da Guerrilha há de ser marco regulador. Para a concessão da sua proteção o Sistema Interamericano passou por uma questão delicada cujo enfrentamento é recente no sistema interno: a decisão sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia.

Ao que parece as decisões nacionais e internacionais apresentam uma contradição em tese. Uma vez que os sistemas nacionais e internacionais discordam sobre a constitucionalidade da norma, vislumbra-se uma posição conciliadora: a definição dos valores da personalidade como elementos formados do conceito de soberania estatal. Não pode haver a ideia de soberania, sem que os direitos humanos sejam preservados naquele Estado.

A evolução da humanidade trouxe para nós algumas certezas, entre elas a de que é improvável que tenhamos sucesso absoluto na proteção dos direitos humanos se concedermos o dever de tutela apenas aos Estados. Por outro lado, se a evolução dos sistemas de proteção determinou a existência de Cortes Internacionais, fica evidente que o comprometimento desses Estados perante as Cortes representa também um comprometimento do Estado perante toda a comunidade internacional.

Por outro lado na medida em que os direitos humanos foram se estabelecendo gradativamente em um plano histórico geracional, é razoável acreditar que os comportamentos dos sistemas internacionais funcionem com o mesmo padrão. Nesse sentido, a questão da Guerrilha do Araguaia traz ainda o direito ao esquecimento, valor intimamente relacionado com os direitos da personalidade.

Não é admissível que um Estado que se considera democrático e de direito escuse-se de garantir o direito a uma morte digna àqueles que tombaram no seu seio. A única leitura possível é a capaz de explicar que o Estado existe para o indivíduo, e não o contrário.



Fomos condenados por violar a própria ideia da Convenção Americana, dando constitucionalidade a uma lei que garante impunidade aos que praticaram crimes durante o período de exceção. Somos responsáveis pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal dos integrantes da guerrilha do Araguaia e de seus familiares. Descumprimos a ordem de adequação do sistema normativo nacional, e agora utilizamos essa falha para sustentar a desnecessidade de cumprimento das determinações da Corte.

O Brasil também deixou de investigar graves violações dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial pela falta de investigação dos fatos do caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas. Também não respeitamos a liberdade de pensamento e de expressão, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Violamos, ao final o direito dos familiares dos desaparecidos aos recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos, o acesso à informação sobre os acontecimentos, afetando a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

Não são poucas as expectativas criadas diante desse impasse perante a Corte, e existem questões formais que merecem o debate⁵¹ que não encontra palco neste texto, uma vez que a perspectiva aqui é a dos direitos da personalidade. Assim, nossas considerações concentram-se nos valores albergados pelos institutos legais em comento.

Não há dúvidas de que a ordem internacional e os sistemas normativos nacionais encontram seu fundamento de validade no mesmo propósito, que é o de proteger a espécie humana. Neste sentido a única possibilidade de interpretação e o vetor para a aplicabilidade das decisões certamente é o da máxima efetividade dessa proteção. Pouco importa se o vínculo é sedimentado pela determinação da nacionalidade ou um acordo internacional, a ideia é a mesma: a condição humana.

⁵¹ A principal delas diz respeito à eficácia temporal das normas relacionadas com o caso em questão.



Nesse sentido não há que se falar em elementos essenciais do Estado, autonomia das suas decisões, autolimitação da vontade ou soberania.

O que se deve ter em mente é a proteção da espécie humana. Para isso existem os Estados, para isso existem os tribunais. Não podemos nos esquecer que o reconhecimento de um Estado não pode ser fundado apenas na ideia do que ele foi, mas especialmente na projeção em relação ao tipo de Estado que pretende ser.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES Jr., Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Volume 1 e 2. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I, 1996.
- NETO, Luísa. **O Direito Fundamental à Disposição sobre o próprio corpo**, Coimbra: Coimbra editora, 2004.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Saraiva, 2002.
- PANNIKAR. **Is the Notion of Human Rights A Western Concept, International Human Rights In Context**. Edited by Henry J. Steiner and Philip Alston, Clarendon Presss, 1996, p. 202, 206, 207.
- PIOVESAN, Flávia C. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 2008.