

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**A APLICABILIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:
PARÂMETROS DO PROCESSO PENAL NO SISTEMA
INTERAMERICANO**

ANA CLARA DE OLIVEIRA MOTTA

Rio de Janeiro

2021

**A APLICABILIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:
PARÂMETROS DO PROCESSO PENAL NO SISTEMA
INTERAMERICANO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.

Orientador: ANTONIO EDUARDO RAMIRES
SANTORO

Rio de Janeiro

2021

ANA CLARA DE OLIVEIRA MOTTA

**A APLICABILIDADE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL:
PARÂMETROS DO PROCESSO PENAL NO SISTEMA
INTERAMERICANO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.

Orientador: ANTONIO EDUARDO RAMIRES
SANTORO

Data de Aprovação: 06/10/2021

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro

Orientador

Prof. Dr. Kerston Marques Silva Benevides

Membro da Banca

Prof. Dr. Francisco Alves Da Cunha Horta Filho

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Em meados de 2012, surpreendentemente todas as expectativas de futuro que eu tinha, mudaram, o direito surgiu na minha história, e eu sabia que não poderia ter outra coisa que me fizesse feliz ao não ser ajudar outras pessoas a serem felizes.

Por isso, rendo minha gratidão e meu coração, antes de tudo a Deus, que me elegeu e sustentou até aqui.

Em seguida, agradeço à minha família, sobretudo aos meus pais, Helder e Sira, e irmãos, Airton e Ana Carolina, que de perto acompanharam e participaram da minha trajetória, chorando as minhas dores e sorrindo minhas alegrias, bem como a minha avó paterna que em muito me acompanhou nesse tempo, Cleonice, e todos os familiares que de perto ou longe torceram por mim ao longo desses anos.

Gostaria de agradecer, de forma particular à Comunidade Mater Dolorosa de Jerusalém, na pessoa da fundadora Verônica Jordão (na qual cumprimento todos os membros, que na sua oblação e fidelidade diária me sustentam), que ao me acolher não só deu sentido aos meus sofrimentos, como também me ensinou a amar os que sofrem de forma muito particular.

Agradeço aos professores que passaram pela minha história dentro da Faculdade Nacional de Direito, dentre os quais agradeço particularmente ao meu orientador Doutor Antônio Santoro, por todo esforço acadêmico ao longo dos anos de graduação, bem como por todo apoio ao longo deste estudo, assim como ao Doutor Hamilton Ferraz e ao Doutor Siddharta Legale, pela grandeza de não desistir nunca, e pelas influências acadêmicas que me trouxeram até aqui.

Agradeço a todos os profissionais com quem tive a honra de trabalhar e aprender até hoje, e destaco aqui o Dr. Alexandre Fróes, a Dr^a Letícia Nogueira e o Wesley Vicente, que hoje dividem comigo o trabalho, o dia a dia e a vida, sem os quais eu não teria conseguido finalizar este trabalho.

Dos grandes amigos que esta Universidade me deu, agradeço carinhosamente a Daniel Felipe, Eduarda Nascimento, Emily Tavares, Felipe Almeida, Felipe Santos, Gabriel Mattos, Nicole Ferreira, Pedro Franco e Tayara Causanilhas.

E dos amigos que o bom Deus me deu, agradeço a todos àqueles que sofreram comigo as lutas pela minha vocação, dos quais não me atrevo a nomear, porque certamente me falharia a memória em citá-los, mas que guardo de forma carinhosa em meu coração e orações.

E por último, deixo minha gratidão à Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a qual desde a infância sonhava em frequentar, por ter me acolhido ao longo desses quase seis anos, que me formou e me tornou a profissional que sou hoje. À UFRJ, meu muito obrigada.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que guardem pertinência com temas intrinsecamente ligados ao Direito Penal e Processual Penal, a fim de verificar como se deu o Controle de Convencionalidade nesses casos, e como essas condenações afetaram o Brasil, suas instituições e seus *modus operandi*.

Palavras-chave: Direito Internacional; Direito Penal; Processo Penal; Controle de Convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pertinentes a temas intrínsecamente vinculados al Derecho Penal y Procesal Penal, con el fin de verificar cómo ocurrió el Control de Convencionalidad en estos casos, y cómo estas condenas afectaron a Brasil, su país instituciones y su modus operandi.

Palabras clave: Derecho internacional. Derecho penal; Procedimientos criminales; Control de convencionalidad; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Convención Interamericana de Derechos Humanos.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the decisions of the Inter-American Court of Human Rights that are pertinent to issues intrinsically linked to Criminal Law and Criminal Procedure, in order to verify how Conventionality Control occurred in these cases, and how these convictions affected Brazil, its institutions and their *modus operandi*.

Keywords: International Law; Criminal Law; Criminal proceedings; Conventionality Control; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Convention on Human Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO

- 1.1. Direito Constitucional, internacional e penal em diálogo.
- 1.2. A Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA JURISDIÇÃO

- 2.1. Caso Nogueira de Carvalho e outros Vs. Brasil.
- 2.2. Caso Escher e outros vs. Brasil.
 - 2.2.1. Voto do Juiz Sergio García Ramírez.
 - 2.2.2. Voto do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas.
- 2.3 Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil.
 - 2.3.1. Voto do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas.
- 2.4 Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro De Oliveira E Outros (“Favela Nova Brasília”) Vs. Brasil.
- 2.5 Caso Herzog E Outros Vs. Brasil.

3. OPINIÃO CRÍTICA: JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

- 3.1. Interceptação Telefônica: o modus operandi e a convenção interamericana de Direitos Humanos.
- 3.2. Lei da Anistia e o controle de Convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. CONCLUSÃO

5. BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUÇÃO

1.1 DIREITO CONSTITUCIONAL, INTERNACIONAL E PENAL EM DIÁLOGO

O presente estudo vislumbra a possibilidade de um diálogo interdisciplinar entre temas de Direito Constitucional, Processual Penal e Internacional Público. Em uma breve análise, objetiva-se compreender como a jurisprudência de uma Corte Internacional pode vir a contribuir positivamente para o desenvolvimento das ciências jurídicas nacionais.

Preliminarmente, observa-se que o Estado Brasileiro é, nos termos da Constituição Federal, em seu primeiro artigo, inciso I, soberano e, do ponto de vista do Direito Internacional, goza de independência jurídica perante os demais estados modernos constituídos, ou seja, não há sobreposição de um Estado perante outro: todos estão em mesmo nível de independência jurídica. Sendo assim, não há qualquer contexto jurídico que imponha um estado sobre a jurisdição de outro, salvo se assim acordado em Tratados ou Convenções Internacionais, que é temática a ser desenvolvida no presente estudo.

Vale ressaltar, que após a história moderna de grandes guerras e massivas violações de direitos humanos, o mundo tem tido um esforço de criar sistemas de proteção aos direitos humanos, para além do que a Organização das Nações Unidas já define. Atualmente, existem três Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos atuantes, o Interamericano, o Europeu e o Africano. É interessante observar que existe um esforço comum aos sistemas, em uma espécie de cooperação internacional. Ao analisar as decisões da Corte regional, percebe-se que diversas vezes a mesma se baseia em julgados das demais cortes regionais, valorizando não só as suas instituições, mas demonstrando claramente o objetivo da cooperação em que tange a proteção de Direitos Humanos, buscando sempre a interpretação mais coerente e restritiva. Sobretudo, quando a decisão é mais dura aos estados, buscando não carecer de legítima, o Tribunal sempre busca fundamentar bem no entendimento internacional da matéria discutida.

No que tange o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, tem-se que a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) por si só, não bastaria para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tivesse jurisdição sobre os casos envolvendo os Estados-Parte. Dessa forma, ressalta-se que, conforme o texto do artigo 62 da CADH, é necessário um reconhecimento expresso por parte do Estado, admitindo a jurisdição, o que se verá na prática nos casos a serem analisados nas linhas que seguem, uma vez que em diversas ocasiões a competência da Corte IDH restou limitada por conta da data do reconhecimento da jurisdição pelo Brasil.

Em meados do século XX, no âmbito da Organização dos Estados Americanos em São José da Costa Rica, aprovou-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que foi incorporada pelo ordenamento brasileiro em 1992, pelo Decreto Legislativo nº 27, e promulgado pelo Decreto nº 678 do mesmo ano.

A norma convencional passa a integrar o ordenamento jurídico brasileiro e a fazer parte do complexo sistema normativo regente. Com a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos na década de 90, o Estado Brasileiro só passa a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no final da mesma década, mais precisamente de 1998, e desde então, passou a ser processado e julgado junto a Corte IDH por 11 ocasiões, caso esses que serão melhor explorados ao longo do presente texto.

Com o advento e formalização da Convenção como parte pulsante e vigente da ordem jurídica pátria, seus princípios e regras passaram a emitir seus efeitos em diversas searas do direito. Consequentemente, no exercício de seu múnus jurisdicional, o Poder Judiciário passou a perfazer, paulatinamente, a verificação de compatibilidade entre as legislações brasileiras e o conteúdo constante da redação do Tratado Internacional, exercendo controle de convencionalidade. Esse foi conceituado pela Professora Dr^a Junya Barletta em seu livro, “Prisão Provisória e Direitos Humanos”, da seguinte forma:

Em síntese, o controle de convencionalidade das leis e atos estatais é uma tarefa complexa e inesgotável, a ser exercida tanto pelos órgãos dos Sistema Interamericano,

no âmbito de seu controle externo ou internacional de convencionalidade, quanto pela autoridade estatal, através de um controle interno de convencionalidade.¹

Ressalta ainda que, o reconhecimento da Jurisdição da Corte obriga o Estado a cumprir suas decisões, sendo vinculante entre as partes (BARLETTA).

Membro do sistema interamericano de Direitos Humanos, o Brasil passa a verificar a harmonia das disposições legais internas com as premissas contidas na carta internacional, que se investe como parâmetro de validade axiológica dos instrumentos internos.

Contudo, é necessário um estudo mais profundo acerca do Artigo 33, b, da CADH, que define a Corte Interamericana de Direito Humanos (conhecida por Corte IDH) a conhecer assuntos relacionados a Convenção, combinado com o artigo 62.3, que define mais diretamente que a Corte IDH tem competência para conhecer qualquer caso relativo à "interpretação e aplicação" dos dispositivos previstos pela mesma.

Dessa forma, compreende-se que a Corte IDH tem jurisdição para conhecer possíveis violações aos direitos humanos previstos pela CADH, e tendo o Estado Brasileiro reconhecido sua jurisdição expressamente, como define o artigo 62.1 da mesma, nos seguintes termos:

Artigo 62

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

¹ BARLETTA, Junya Rodrigues. Prisão Provisória e Direitos Humanos: uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Belo Horizonte. D'Plácido. 2019. Página 59.

Dessa forma, atualmente o Brasil se submete à jurisdição da Corte IDH em todos os casos que no Estado Brasileiro houver uma possível violação a Direitos Humanos previstos pela CADH, respeitando os procedimentos previstos para tal.

Aqui, é importante rememorar o elevadíssimo grau de importância na hierarquia normativa nacional de que são revestidos os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 alterou as disposições do artigo 5º da Lei Maior da República para nele prescrever que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal alinhou sua jurisprudência consagrando as normas de direitos humanos entabuladas em tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional com quórum ou método diverso dos necessários para aprovação de Emendas à Constituição figuram no ordenamento jurídico pátrio como infraconstitucionais e supralegais.

Fato de meritória atenção e análise é a divergência dos Ministros integrantes do tribunal constitucional brasileiro quando da análise deste ponto de direito nos idos de 2008. Naquela ocasião predominavam dois entendimentos majoritários: a primeira corrente entendia que, pela premência dos valores contidos nas normas internacionais de direitos humanos, seus termos deveriam ser equiparados às normas constitucionais, enquanto outra entendia que, apesar de sua eminente estatura e conteúdo jurídico, os tratados deveriam ocupar patamar superior às legislações ordinárias, mas inferior ao texto da Constituição Federal.

Ambos os posicionamentos tiveram representantes entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. Valoroso destacar didáticos excertos do Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP:

[...]a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Reforma do Judiciário (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional nº 29/2000), a qual trouxe como um de seus estandartes a incorporação do § 3º ao art. 5º, com a seguinte disciplina: "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. [...] Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais. Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Adiante, prossegue o ministro destacando a abertura paulatina do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de direitos humanos, fruto da valorização do homem como fim precípua dos ordenamentos e a o condão dos dispositivos convencionais de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante.

O voto condutor sedimenta a posição hierárquica dos tratados internacionais em duas hipóteses, cuja distinção marcante é a metodologia de introdução formal no ordenamento interno por meio da ratificação do Legislador nacional.

As convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, caso sigam o rito legislativo previsto para a tramitação de Emenda à Constituição, caso aprovadas, passam a figurar com status de norma constitucional, emanando seus efeitos a todos os ramos do direito e a reger todos os bens da vida.

No caso dos tratados ratificados pelo Congresso Nacional por meio de processo legiferante diverso do exercido pelo constituinte derivado, eles passam a integrar a hierarquia positiva em patamar situado abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional. Neste sentido, aponta o já celebrado Ministro em seu voto:

[...] diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.[...] Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.”

Fato é que a integralidade da Corte reconheceu o patamar elevado e distinto dos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo pelo direito material tutelado e sua compatibilidade com o conteúdo nuclear dos valores constitucionais. O controle de convencionalidade passa a permear a aplicação do Direito nas esferas jurisdicionais brasileiras.

Desde seu ingresso no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, o Brasil vem sendo alvo da CIDH, que é a legitimada a levar os casos à Corte, segundo a autora consagrada, que atualmente é parte integrante da Comissão, Flávio Piovesan, em seu livro “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional” informa que havia perante a Comissão mais 98 casos contra o Brasil até o ano de 2008. E o objeto desse estudo são justamente os casos que envolveram o Brasil que chegaram até a Corte, e que envolveram diretamente a responsabilização do Estado por violação a direitos humanos relacionados ao devido processo legal, mais diretamente, processo e execução penal.

A violação de Direitos Humanos é um tema caro à sociedade como um todo, não há muito tempo que se levantaram bandeiras desumanizadoras, que com o olhar da sociedade atual pode parecer absurdo, mas que se olhado como cautela, percebe-se que ainda nos tempos de hoje, pós Declaração dos Direitos Humanos de ONU, há resquícios vivos de um Estado autoritário, com filosofias que tangenciam os governos autoritários do Século XX, como de Mussolini, Hitler e Stalin.

A partir de lógicas totalitárias, se cria um Estado Penal extremamente opressor, no qual o poder punitivo do Estado exacerba os meios democráticos. Apesar de vivermos sob a óptica de um Estado Democrático de Direito, segundo a própria Carta Magna, ao observar as legislações esparsas, é possível perceber que a aplicação do Direito Penal, passa por um viés

autoritário, é verdade que após a 1988, com a constitucionalização do direito de maneira ampla, muitos institutos se democratizaram, outros foram extintos, contudo há ainda grandes problemas no texto legal, vida o Código de Processo Penal, como também na maneira como se aplica a legislação, essas questões incompatíveis com a sistemática de Direitos Humanos que se propôs, principalmente nos pós-segunda guerra mundial, através de tratados internacionais de cooperação mútua.

Estudar a relação entre o Estado e a Corte IDH, é de certa forma, tentar entender o que significa para o Brasil um Tratado de Direitos Humanos, e como o mesmo lida com as questões caras da sociedade, inclusive diante do cenário internacional. Apesar das evoluções legislativas que a Constituição Federal trouxe, a aplicação da lei é falha, existem sistemáticas violações de direitos humanos da realidade prisional, que gera não somente um Estado de Coisas Inconstitucionais, mas um Estado de Coisas Inconvencionais (LEGALE, Siddharta)².

Dessa forma, resta claro que é extremamente importante fiscalizar o Estado, de maneira a entender as posturas das figuras estatais (magistrados, administradores e legisladores), nesse ensaio especificamente diante a uma decisão de uma Corte de DH. Inclusive, para enriquecer a doutrina e jurisprudência, é relevante internalizar os entendimentos da Corte IDH, não só porque aceitamos a jurisdição da Corte, mas também pela qualidade da argumentação de se apresenta nos julgamentos, o que pode ser extremamente relevante quando se está diante do Poder Judiciário.

1.2 A Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil

A Convenção Americana de Direitos Humanos tem hoje no Brasil em seu ordenamento um status supralegal, isto é, está acima das legislações ordinárias e complementares, estando apenas abaixo da Constituição Federal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

² LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional. Ed. 1ª. 2019. Lumen Juris.

Cabe ressaltar que com esse status legal de maneira lógica todo o ordenamento infraconstitucional deveria se adequar ao seu texto, assim como o judiciário tem legitimidade para fazer o controle de constitucionalidade, deve também se atender as legislações supralegais, isso é, os Tratados e Convenções que o Estado é parte. Não deve ser esquecido que o fato de assinar um acordo internacional, com livre vontade, e não cumpri-lo, seja em um caso concreto, seja não medindo esforços para adequar seu ordenamento ao novo Pacto, trata-se de um ilícito internacional, sendo assim, é passível o Estado de uma responsabilização internacional, inclusive com pagamento de multas altas, com base no princípio de direito contratual do *pacta sunt servanda*, isto é, os acordos precisam ser cumpridos uma vez que geram a expectativa legítima de que as partes que manifestamente se obrigaram em comum acordo - vale aqui retomar que os Estados gozam de independência jurídica entre si - irão cumprir o estabelecido. E assim, a Comunidade Internacional tem caminhado ao longo dos anos.

No caso específico do Estado Brasileiro, temos no ordenamento diversas Convenções e Tratados ratificados, se submetendo às jurisdições de algumas Cortes Internacionais, e com isso, em diversos casos concretos há a verificação da responsabilidade internacional perante a comunidade internacional. Apesar de ao longo desse estudo, ter sido percebido que as decisões dos órgãos jurisdicionais internacionais estão longe de resolver o problema concreto e em abstrato, ocorreram no Brasil alguns marcos importantes após algumas condenações, como por exemplo, a Lei Maria da Penha que foi promulgada após um caso perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Atualmente, o Brasil tem perante a Corte IDH: 04 casos em trâmite e 13 casos com sentença. E casos a serem estudados nesta dissertação são: Caso Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil; Caso Escher e outros vs. Brasil; Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil; Caso Cosme Rosa Genoveva, Evando de Oliveira e outros (“Favela Nova Brasília”) vs. Brasil; e por fim, Caso Herzog e outros vs. Brasil.

O intuito de esmiuçar os casos supracitados é de entender como que no processo penal brasileiro (desde o inquérito até a execução penal) se procedeu e se violou de forma concreta

direitos humanos, o foco se deve a uma tentativa de compilar a jurisprudência da Corte em face do Brasil em matéria de Direitos Humanos em aplicação no direito processual penal. A partir disso, objetiva-se entender ainda o comportamento do Estado Brasileiro perante as sentenças.

O esforço despendido no atual estudo, se dá uma necessária valorização dos precedentes da Corte IDH em Matéria Processual Penal, isso se dá por diversos motivos, mas merecem destaque dois, primeiro, as decisões da Corte sempre trazem consigo uma vasta e rica jurisprudência internacional, visando sempre a interpretação menos restritiva, fazendo um esforço entre aplicar bem o direito, tentando não usurpar a função legislativa dos estados nacionais, mas sem se eximir da responsabilidade de apontar os choques entre os ordenamentos internos e a Convenção Interamericano de Direitos Humanos, entre outros Tratados Regionais de proteção a Direitos Humanos em temas diferentes. E em segundo plano, tem-se que urge a necessidade de que os setores nacionais conheçam a jurisprudência da Corte, sobretudo nos casos em que o Brasil figurou no polo passivo, pelo fato de que suas decisões vinculam todos os poderes e órgãos do Brasil, isto é, é necessário que haja um esforço institucional de mudar a cultura nacional em que pese o respeito às garantias fundamentais.

Os casos elegidos para o presente texto, demonstra claramente como que as instituições brasileiras carecem de uma base doutrinária da própria Constituição Federal, quiçá da Convenção Interamericana. Contudo, se a violação ao texto constitucional configura uma falta grave em âmbito interno, muito mais grave é descumprir os acordos firmados perante a Comunidade internacional, gerando uma responsabilização internacional pelo ilícito, trazendo prejuízos concretos ao Estado. É certo que a amplitude da Comunidade Internacional dificulta a fiscalização dos estados e suas violações, apesar dessa dificuldade, têm-se hoje uma Comissão Interamericana extremamente atuante que filtra quais os casos são relevantes e estratégicos para chegar à Corte, visando não somente a resolução concreta do caso em questão, mas que a matéria seja sanada, a fim de haver uma resposta jurisdicional ao assunto, e por conseguinte, uma resposta institucional do Estado naquela temática, seja por políticas públicas, seja pelo compromisso de não repetição, ou seja por uma medida mais invasiva de uma condenação por uma alteração legislativa.

Sendo assim, passa-se a análise dos casos selecionados para o presente estudo, a fim de que a jurisprudência apontada possa colaborar com os estudos criminológicos do ponto de vista de favorecer um Estado Penal cada vez mais garantista.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA JURISDIÇÃO NO BRASIL

2.1. Caso Nogueira de Carvalho e outros vs. Brasil

O caso em tela retrata o fato do assassinato de Gilson Nogueira de Carvalho em 20 de outubro de 1996, a vítima era um advogado que vinha denunciado as atividades de um grupo de extermínio denominado “meninos de ouro”, que contava com a participação de policiais civis, dentro outros servidores estatais. Contudo, vale a ressalva de que o Brasil apenas aceitou expressamente a jurisdição da Corte IDH em 1998, sendo assim os fatos anteriores não poderiam ser julgados, contudo, as violações sistemáticas à direitos humanitários que decorreram do episódio narrado, quando praticadas posteriormente a aceitação da jurisdição passam a ser objeto de apreciação dos juízes da Corte IDH.

Levado a Comissão em 11 de dezembro de 1997 pelos Centro de Direitos Humanos e Memória Popular, Holocaust Human Rights Project e Group of International Humans Rights Law, foram apresentadas ao Estado Brasileiro três recomendações para que se solucionasse o caso, e de forma concreta fossem prestados os devidos auxílios a família da vítima, que não teriam sido cumpridas. Sendo assim, em 13 de janeiro de 2005, a Comissão levou o caso à Corte IDH.

Ao longo do processo, o Brasil levantou a exceção preliminar de competência temporal, que logo foi reconhecida pela Corte para o fato da morte do Sr. Gilson Nogueira Carvalho, sendo assim, não pôde ser considerado o artigo 4 da CADH, ressaltando que há competência para julgar os fatos contínuos ou permanente que perduraram após da aceitação de jurisdição pelo Brasil, como por exemplo as alegadas omissões por parte do Estado para garantir um processo razoável e íntegro.

Quanto a necessidade de esgotamento das vias internas, o Estado alegou que não ocorreu o esgotamento, uma vez que havia ainda a possibilidade de recursos, contudo, a jurisprudência da Corte quanto a essa matéria é clara, e restou bem elucidada no caso:

[...] em primeiro lugar, que o Estado demandado pode renunciar de forma expressa ou tácita à invocação dessa norma. Em segundo lugar, a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser suscitada, para que seja oportuna, na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a dela se valer. Em terceiro lugar, a Corte salientou que a falta de esgotamento de recursos é uma questão de pura admissibilidade e que o Estado que a alega deve indicar os recursos internos que é preciso esgotar, bem como acreditar que esses recursos são adequados e efetivos.

E por fim, pelo fato de o Estado não ter levantado a exceção em tempo processual correto, a Corte entendeu por desconsiderar a preliminar.

Ao longo do processo, foram recolhidos diversos testemunhos que elucidaram melhor os fatos e possível autoria, inclusive informando ter sido achada espingarda compatível com o cartucho achado no local da morte de Gilson, na casa de um policial civil aposentado. E pelos representantes, fora acostado parecer de Luiz Flávio Gomes, especialista em Direito Penal e Direitos Humanos, que em seu entendimento o estado teria sido negligente nas investigações, uma vez que não investigou os policiais da região que envolviam o grupo contra o qual Gilson sempre agiu.

A Corte IDH avalia as provas, e faz seu pronunciamento sobre os fatos provados, separando-os em dois tempos, os anteriores e posteriores ao reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Brasil. Sendo os fatos antecedentes, o assassinato e a primeira fase da investigação que fora arquivada e desarquivada apenas em 1998, e os posteriores, o reconhecimento a arma compatível com o cartucho da cena do crime, e a imputação do policial aposentado como autor material no artigo 121, §2º do Código Penal Brasileiro, em seguida a morte de um dos colaboradores da investigação, que levou ao desarquivamento do caso, todo o julgamento até a absolvição do acusado.

Passado ao mérito, a Corte passa a decidir, reitera que compete ao Estado criar as condições necessárias à efetivação dos direitos elencados pela CADH, enfatizando que é necessário que o mesmo apoie os defensores dos direitos humanos, uma vez que a ameaça a vida e dignidade desses é não somente uma problemática isolada, mas existe um efeito coletivo.

Contudo, a Corte IDH entendeu no caso em tela, que o Estado não teria violado os direitos e garantias previstos pelos artigos 8º e 25º da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo em vista que os fatos apreciados pelo referido tribunal só foram, e só poderiam ser, os posteriores ao reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado parte.

2.2. Caso Escher e outros vs. Brasil

Em dezembro de 2007, a Comissão interpôs perante a Corte IDH em face do Estado Brasileiro, a demanda do presente caso, que consistia em uma alegada interceptação e monitoramento ilegal de linha telefônicas, entre abril e junho, por parte da Polícia Militar. Das diversas preliminares apresentadas dos autos, a jurisprudência da Corte merece destaque quando explicita o que viria a ser possível de arguir exceção preliminar, no sentido de que apenas poderia ser acolhida no caso de haver um fato que impeça o julgamento, como bem elucidado na sentença: “una excepción preliminar tiene por finalidad obtener una decisión que prevenga o impida el análisis sobre el fondo del aspecto cuestionado o del caso en su conjunto”.

O Estado defendeu a tese de que não havia se esgotado as via internas de jurisdição, e a Corte por sua vez afirma que seria necessário demonstrar que os recursos estavam disponíveis e eram adequados, idôneos e efetivos, contudo, se faz necessária uma análise da legislação nacional no caso, a fim de compreender se os meios se enquadraram na proteção que a CADH prevê.

Houve, ainda, na esfera nacional, por parte das alegadas vítimas, a interposição de um Mandado de Segurança a fim de destruírem as interceptações ilegais, que fora negado com base na jurisprudência nacional, uma vez que não seria o remédio constitucional adequado para tal fim, segundo o Estado deveria ter sido apresentado o habeas corpus, que por sua vez não fora apresentado, assim como não fora interposto recurso, e com base nessa informação, alega que não foram esgotadas as vias internas de resolução. Por sua vez, a Corte se manifesta por negar a preliminar, por entender que a violação de Direitos Humanos estava no momento da interceptação ilegal, a postergação da ação não impediria a violação que já havia se consumado, tão somente seria a fim de impedir novas divulgações do conteúdo, conforme o texto extraído da sentença:

[...] la interposición de un recurso ordinario constitucional o una acción ordinaria de conocimiento con el objeto de destruir las cintas de las conversaciones grabadas no podría remediar la interceptación y divulgación pasada, sino que podría ser un recurso adecuado para impedir nuevas divulgaciones, y prevenir eventuales violaciones a los derechos humanos en el futuro. Por ello, una vez agotado el mandato de segurança no era necesario continuar intentando otras vías legales, que no tendrían como finalidad el cese o reparación de la interceptación, grabación y divulgación de conversaciones telefónicas que habían ocurrido anteriormente.

Cumprе esclarecer, que apesar das tentativas do Estado em desconstituir a propositura da Comissão, a jurisprudência da Corte é concreta no sentido de que é dever da mesma zelar pela aplicação da CADH nos âmbitos internos dos Estados-parte.

Nas provas, o estado alegou, com base no entendimento doutrinário nacional, que as vítimas não poderiam ser ouvidas na qualidade de testemunhas, tão somente como informantes, e a jurisprudência da Corte IDH considera essas como presentes vítimas.

Em que pese à violação ao artigo 11 da CADH, que prevê a obrigação de respeitar os direitos, com a acusação da Comissão de que haviam sido violados os direitos à vida privada, a honra e a reputação dos que sofreram a interceptação ilegal com posterior divulgação do teor, e a Corte se debruçaram sobre a temática extensamente, fazendo um breve resumo dos fatos alegados, passando ao mérito.

Quanto à interceptação telefônica, que a Corte entende que se encontra dentro da expressão “vida privada”, em uma interpretação extensiva, se a CADH prevê as conversas telefônicas de assuntos privados ou profissionais, prevê também de assuntos diversos, assim como todo o processo de comunicação. Com a era da tecnologia em máximo desenvolvimento, a Corte entende que os cuidados devem ser por parte do Estado para garantir os direitos dos cidadãos, e não o indivíduo se proteger do Estado, como se gerasse um desequilíbrio, sendo assim, é necessária lei regulamentando, que se tenha um fim legítimo e necessário a sociedade.

Mediante isso, reconhecidas as presentes vítimas, entende-se que de fato ocorreu uma ingerência estatal sobre a vida privada das mesmas, sendo assim, passa-se a uma análise de legalidade, ou seja, se a interceptação foi realizada nos casos autorizados pela legislação interna e pela CADH.

Para análise da legalidade dos atos estatais, a Corte entende que a lei que regula uma atividade que excepciona um direito, como o caso da lei de interceptação, deve ser precisa, com regras claras e detalhadas da matéria. Ao analisar os requisitos que a Lei nº 9.296/96 define para a autorização, entende-se que a mesma está em consonância com a CADH, o que leva a uma análise do fato, a fim de observar se as normas legais nacionais foram respeitadas. Entende que houve um descumprimento dos artigos 1º e 8º da referida lei, por não haver relação da interceptação com alguma investigação em curso, assim como nenhuma investigação voltada para as associações em questão. Violou, ainda, os artigos 2º e 4º da referida lei uma vez que não restou demonstrada indícios razoáveis de autoria ou participação das vítimas com os fatos que eram investigados à época, assim como não foram indicados de forma clara os fatos, ou que seria a única forma de prova possível, sendo assim, mais elementos que demonstram a ilicitude do ato. Quanto à legitimidade para requerer a interceptação, a Corte entende que por se tratar de fato de natureza comum, seria de competência exclusiva da polícia civil, e não militar, sendo assim, reconheceu que houve violação ao artigo 3º da retromencionada lei. Quanto à fundamentação da decisão de concessão da interceptação, cumpre recordar que a interceptação é uma exceção a um direito fundamental, ou seja, é necessária uma causa justa, e essa precisa estar fundamentada, sendo demonstrado que todos os requisitos legais foram cumpridos, estabelecendo limite temporal, e das duas interceptações que ocorreram, apenas a primeira teve uma decisão favorável (ainda que sem fundamentação alguma), por fim, violou-

se o artigo 5º da lei de interceptações. A interceptação não foi comunicada ao Ministério Público como prevê o artigo 6º da lei. E, finalmente, a Corte entende que houve ilegalidade, não restando necessário seguir a análise de se era necessário e qual a finalidade alegada, sendo assim, houve, de maneira concreta, violação ao artigo 11 da CADH.

Passada a análise do fato de terem sido divulgadas as gravações, observa-se que não houve uma investigação acerca do vazamento de partes das gravações para a maior rede de televisão do Brasil, sendo este material de segredo de justiça. Aponta ainda que o material divulgado na rede de televisão não fora juntado aos autos, e que na entrevista que o então secretário de segurança pública informou que as gravações foram fornecidas por um agente estatal, e em seguida, forneceu cópias das gravações transcritas aos jornalistas. Sendo assim, a Corte entende que houve violação ao artigo 10º da lei, uma vez que não havia autorização judicial para quebrar o segredo de justiça, e ainda assim, a autoridade máxima da segurança pública forneceu cópias de partes das gravações aos jornalistas que acompanhavam sua coletiva, no dia após a divulgação do Jornal Nacional. Por fim, passa a análise da legalidade desse nível de ingerência estatal na vida privada das vítimas, quanto a quebra do segredo de justiça, há violação direta aos artigos 8º e 10º da Lei 9.296/96, e por conseguinte, violando os artigos 11.1 e 11.2 da CADH.

Em que pese a liberdade de associação e a obrigação de respeitar os direitos, passa a se analisar. Considera assim que os estados a parte têm obrigações negativas, que não impedir a reunião de pessoas, como também obrigações positivas como prevenir atentados aos grupos, proteger e investigar violações a essas, no sentido de:

los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar atentados a su vida e integridad personal; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad.

No entendimento da Corte, o direito de associação só poderia ser limitado por lei, se houver algum fim legítimo. No caso em tela, não havia ligação clara entre as investigações alegadas pelo poder público e os grupos interceptados, por essa razão, entende-se que ocorreu

meramente um monitoramento dos grupos, violando assim o artigo 16 da CADH, relacionando-o ao artigo 1.1 da CADH.

Das garantias e proteção judicial, entende-se que há uma obrigação do estado de investigar e garantir os direitos, contudo, trata-se de uma obrigação de meio, não de fim, contudo, não basta que existam meios processuais de recorrer nos casos concretos, mas que os meios tenham uma efetividade prática, para tal, passa a analisar cada um dos meios utilizados a fim de compreender se eram efetivos: 1. mandado de segurança, por não ser a via adequada, nesse diapasão a Corte entende que a negativa do estado não acarretou em qualquer violação de direitos do tratado; 2. jurisdição penal, pela falta de diligência necessária em uma investigação criminal, a Corte considera que houve violação aos artigos 8.1 e 25.1 da CADH; 3. processo administrativo, apenas houve um princípio de investigação administrativa em face da juíza que concedeu a decisão infundamentada de deferir a interceptação, e a Corte compreendeu que não bastava a ausência de responsabilização criminal, que o processo administrativo deveria analisar uma possível falta funcional, o que não fora realizado, descumprimento seu dever de motivar suas decisões administrativas; 4. processos civis, cumpre ressaltar que as ações civis são de iniciativa privada, que fora ajuizada e tramitada conforme as regras internas, não havendo elemento para concluir por uma violação à Convenção.

Por fim, em relação à Cláusula Federal, prevista no artigo 28 da CADH combinada aos artigos 1.1 e 2 da mesma, a Corte ressalta a sua competência de interpretar normas, assim como as de caráter geral, reafirmando sua jurisprudência no sentido de que um estado não pode violar direitos humanos alegando a separação de competência dos seus entes federativos. Observa-se que o estado hora alguma alegou sua estrutura federal para se eximir da responsabilização, sendo assim, não houve a alegada violação.

Analisados todos os pontos questionados pela Comissão e representantes das vítimas, concluídas as violações apontadas anteriormente, a Corte passa a analisar as obrigações de reparar, uma vez que é reconhecido internacionalmente que: “Es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente”. Primeiramente, define-se as partes lesionadas.

Em seguida, define-se as indenizações dos danos materiais e imateriais, valorando não somente o dano material concreto, mas o dano da invasão da vida privada e da honra das vítimas.

Após, das medidas a serem adotadas pelo Estado posteriormente a fim de garantir a satisfação e não repetição, estão a publicação da sentença em diário oficial, e meio de circulação de massa definidos na sentença; deve, o Estado, investigar e punir os responsáveis pelas divulgações das gravações que eram segredo de justiça, uma vez que não restou realizada investigação frutífera nesse fato; estender o aprimoramento da polícia em matéria de Direitos Humanos.

Quanto aos custos e gastos, é certo que os mesmo fazem parte da reparação, devendo o Estado pagar quantia definida em sentença pelo que foi gasto por seus representantes para realizar o julgamento, e pelos gastos futuros com cumprimento de sentença.

Passadas as disposições finais, a Corte encerra o caso condenando o Brasil pela violação da Convenção Americana de Direitos Humanos em seus artigos 8.1, 11, 16 e 25 combinados com o artigo 1.1 da mesma.

2.2.1 Voto do Juiz Sergio García Ramírez

Em voto separado, o juiz inicia dissertando sobre a intimidade inerente à vida privada, considerando que quem invade essa região possui um poder imenso em detrimento de quem teve sua intimidade violada, diminuindo sua autonomia. Ao longo da sua manifestação, elucida a questão de um direito à intimidade como um bem em si próprio, independente dos prejuízos à imagem ou honra, a mera violação dessa esfera mais íntima já seria grave, atingir a outros direitos seria uma dupla lesão.

A limitação a um direito fundamental só é possível mediante: “legalidad, necesidad (más aún, inevitabilidad: el medio empleado debe ser el único practicable), idoneidad, proporcionalidad, temporalidad. No hay restricción admisible cuando no quedan atendidos, en la especie, esos principios.”

Por fim, demonstra certa preocupação com o falso dilema que se cria entre a defesa dos direitos humanos e a garantia da segurança pública, inadmitindo que garantias individuais sejam diminuídas em detrimento de um falso conflito com argumentos autoritários de que a sociedade correria algum tipo de perigo abstrato.

2.2.2 Voto do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas

O Juiz Figueiredo passa a expor sua fundamentação, no que se difere da Corte, assim como alguns quesitos que vem a divergir da sentença, quanto ao prazo vencido em dia não útil de prorrogar para o próximo dia útil, a possibilidade de alegar violações durante o procedimento perante a Comissão, e por fim, a forma, lugar e período para publicação da sentença em sites ligados a União e ao estado federativo do Paraná.

Em princípio, ao analisar se caberia a possibilidade de postergar o prazo da entrega dos documentos por parte dos representantes das vítimas para o próximo dia útil por se tratar de um domingo, entende que precisa definir uma jurisprudência firmada a fim de evitar novos debates futuros. Considera que o silêncio da CADH, proposital, se deve a não ter ingerência maior que a necessária nas legislações internas dos países, criando conflito de prazo, contudo, entende que não se deve ter uma interpretação restritiva, sendo assim, o vencimento do prazo só pode ocorrer em dia útil, considera que independente de haver expediente na Corte, domingo não seria um dia jurídico para fins de prazo. Apesar do enfático “improrrogável”, esse se dirige a um possível pedido de dilação, seria desconexo da realidade esperar que dia não útil seja considerado fim de prazo, enfatiza que a extensão do prazo não deve se confundir com as regras de contagem. E encerra afirmando que:

Admitir el vencimiento de un plazo en día no hábil sería punir a la parte que ejerció una interpretación razonable del Reglamento de la Corte en favor de un cortísimo espacio de tiempo, insignificante, de hecho, para el avance de la marcha procesal, incluso porque el Tribunal no trabaja normalmente el día domingo.

Em sequência, agrega a discussão, para a aceitação da análise da cláusula federal, no sentido dos princípios *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi jus*, no sentido de que: “En la opinión aristotélica, está totalmente dentro de la competencia del juez decidir sobre la importancia o irrelevancia, sobre la justicia o injusticia de un hecho sin tomar sus instrucciones a partir de los litigantes”.

Finalmente, quanto a publicação da sentença em sites da União e do estado do Paraná, apesar de opinar por deixar em aberto o tempo a ser disponibilizada a sentença, oferece duas sugestões: “(a) igual a la duración de este proceso para ser juzgado, contado desde la fecha del primer hecho violatorio hasta la publicación de esta sentencia, o (b) por tiempo mayor indefinido”. E entende que o Estado terá mais condições de dizer qual melhor local para publicação, sendo esse analisado posteriormente na supervisão de cumprimento de sentença.

2.3. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil

Em 26 de março de 2009, a Comissão apresentou perante a Corte IDH demanda em face da República Federativa do Brasil, por detenções arbitrárias, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas a fim de erradicar a “Guerrilha do Araguaia” durante aos anos de ditadura militar, a Comissão entende que era momento oportuno para levantar uma jurisprudência consolidada acerca das leis de anistia que se seguiram os anos pós ditaduras latinas americanas.

Primeiramente, o estado apresentou as exceções preliminares de incompetência por tempo, falta de esgotamento das vias internas e, por fim, falta de interesse processual da Comissão e representantes.

Da incompetência em razão do tempo, tendo em vista que os fatos se deram antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, e com base no princípio da irretroatividade, ressalta que os atos contínuos podem ser analisados na medida de que continuassem após o reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado. Sendo, portanto, competente para julgar o desaparecimento das supostas vítimas após o reconhecimento, com os atos e omissões do estado.

Em referência à falta de interesse processual, a Corte considera que é referente à atuação da Comissão, e em relação às medidas adotadas pelo Brasil, considerando que a partir do ato ilícito gerasse a responsabilidade internacional, e o interesse em reparar de plano interno, não afeta a competência da Comissão e da Corte de atuarem, e quanto às medidas adotadas pelo Brasil, apesar de auxiliarem na análise por parte do Tribunal, mas não tem efeito sobre a jurisdição da Corte.

Na alegação da falta de esgotamento dos recursos internos, a corte entende que essa alegação deve ser feita no momento processual adequado, sendo essa a etapa de admissibilidade perante a Comissão, e não quando chega ao Tribunal. Não sendo atribuição dos órgãos internacionais a verificação de ofício do esgotamento ou não dos meios internos.

Quanto à chamada quarta instância e a falta de esgotamento das vias internas quanto a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e preliminarmente, rechaça a possibilidade da alegação do uso da ADPF como via interna viável, uma vez que não haveria legitimidade para os familiares utilizarem a mesma, e ainda, é medida para reparar ou evitar lesão a um direito, e não para apurar desaparecimentos. Referente a última alegação, ressalta, o Tribunal, que não visa revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, e ressalta que: “um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana”.

Das provas apresentadas, tem-se prova documental, testemunhal e pericial, sem que haja qualquer jurisprudência relevante, aprova as provas possíveis, afastando as extemporâneas.

Reafirma a jurisprudência de que as colocações das supostas vítimas não podem ser valoradas separadamente. Salieta que os peritos devem apresentar opiniões pessoais ou técnicas, a medida da sua relação com a matéria em tela.

Passado ao mérito, analisasse o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade e às liberdades pessoais em relação a obrigação de garantir direitos. A Comissão ressaltar que as violações ocorreram no contexto histórico da Ditadura Militar, em que havia uma série de violações às garantias individuais, que se utilizaram as investidas militares para ilegalmente desaparecer com os membros da chamada Guerrilha do Araguaia, sendo esse um mecanismo comum para coibir as diversas oposições ao sistema até então instituído, e que havia grandes probabilidades de terem ocorrido torturas antes do repentino sumiço, por se tratar do modus operandi, dos militares no regime de exceção.

O contexto histórico dos desaparecimentos se torna relevante para a presente análise, uma vez que houve uma ruptura com a democracia em 1964 com o Golpe Militar, chegando ao seu momento de maior terror com o Ato Institucional nº 5, com suspensão de direitos, censura, definitivamente, um período de exceção para os direitos fundamentais até então constituídos, inclusive com o fechamento do Congresso Nacional, com a extensão concreta da jurisdição militar, e com uma lei de segurança nacional extremamente dura. Merece destaque o fato que houve uma Comissão Especial apurando os mortos e desaparecidos, e a mesma manifestou que:

[O] Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados

Referente à Guerrilha do Araguaia, tratava-se de um movimento de resistência o qual compunha membros do Partido Comunista do Brasil, que contava com cerca de 70 pessoas. Em 04 de dezembro de 1974, foi promulgada a Lei nº 9.140/95 que criou a Comissão Especial, assumindo os casos de desaparecimento. Foram realizadas buscas, a fim de reconhecer corpos na região do Araguaia, também os familiares buscaram na região.

Em 2003, o Estado criou uma Comissão Interministerial que visava apurar os desaparecimentos do caso Guerrilha do Araguaia, contudo, ao requerer as informações às forças armadas foram informados de que as documentações foram destruídas, com base nas legislações vigentes à época. Mediante aos fatos expostos, a Comissão retromencionada apresentou diversas recomendações ao Estado a fim de viabilizar essa investigação. Houve ainda uma tentativa de localização e identificação através de um banco de sangue genérico, não havendo informações sobre a efetividade do mesmo.

Em relação ao desaparecimento forçado como violação múltipla e continuada de direitos humanos e deveres de respeito e garantia, de princípio a Corte reafirmou sua jurisprudência no sentido de que há uma pluralidade de condutas que se unem em um fim, e violam de maneira permanente por quanto perdurarem, os bens jurídicos tutelados pela CADH, e de que: “o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade”

Reforça ainda a natureza grave desse tipo de violação, recordando o status de *jus cogens* que alcançou, por se tratar de uma situação extremamente delicada no direito internacional.

Ao tratar de desaparecimento, há de se observar que se trata, sobretudo, da privação de diversos bens jurídicos e direitos, para além da liberdade, o indivíduo fica impedido de diversos direitos, dessa forma enfatiza-se a necessidade de reconhecer a legitimidade dos familiares para agirem em seus nomes.

O Tribunal entende que há um dever do estado em investigar, de ofício e sem dilação, toda vez que houver indícios razoáveis para presumir um possível desaparecimento forçado, e que seja efetiva, ou seja, que haja meios de direitos interno viáveis e efetivos para tal fim, deve garantir que não seja atrapalhado por nenhum fato normativo ou agente, e no caso de ocorrer, deve haver consequências punitivas aos envolvidos.

Em relação ao desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia, apesar da lei aprovada reconhecendo internamente a responsabilidade pelos mortos, reconhecida como boa-fé, inclusive pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, levando a Corte entender por não haver controvérsias no tema, tão somente haveria uma diferença na quantidade de vítimas apontadas.

Por fim, entende que os desaparecimentos, e as diversas condutas ilícitas, foram violações diretas aos artigos 3º, 4º, 5º e 7º em relação ao 1.1 da CADH.

Dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial em relação às obrigações de respeitar e garantir os direitos e o dever de adotar disposições de direito interno, as partes discordaram das obrigações que acarretaria sobre o Brasil por conta da Convenção, sendo assim, resta entendido que seria necessária uma avaliação da Corte sobre o teor da Lei da Anistia Brasileira, fazendo um controle de convencionalidade, a fim de entender se os efeitos jurídicos devem se mantidos, uma vez que houve o reconhecimento da jurisdição da mesma.

Os representantes das supostas vítimas apresentam diversos impeditivos legais que atravancam a possibilidade de um julgamento coerente no plano interno, sendo esses uma clara violação de garantias pela lei da anistia, o que violaria a Convenção, assim como os direitos reconhecidos internacionalmente com fundamentais, ainda a prescrição, a falta de tipificação específica e o princípio da legalidade, que impede a retroatividade da lei penal (salvo em benefício do réu). Não se deve ignorar o contexto de criação da referida lei, com um debate que visava retomar um diálogo no país, saindo de um período ditatorial, passando a uma retomada da democracia e do estado de direito, sendo assim o tom de reconciliação foi visto de maneira positiva por muitos. A Comissão ressalta a importância do princípio da legalidade, inclusive por se tratar de uma cláusula pétrea da Constituição Brasileira. O estado, ainda, ressalta a bilateralidade e reciprocidade como características da sua legislação, ou seja, é protetiva aos agentes estatais, mas também aos grupos políticos contrários que em resistência cometeram quaisquer fatos típicos.

Dos fatos relacionados à lei de anistia, não houve investigação do estado por violações de direitos humanos, porque, segundo a interpretação que vigora internamente, a lei absolve automaticamente essas violações relacionadas a essa questão política ditatorial, seja agente, seja oposição. Em 2010, fora negada uma ADPF proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil questionando a interpretação do §1º do Artigo 1º da referida lei, vale retomar a argumentação do Ministro relator do caso: “a Lei de Anistia foi ‘uma lei-medida’,¹⁷⁷ 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’.”, ou seja, uma decisão totalmente política para pacificar o cenário nacional.

Quanto à obrigação de investigar e punir as violações aos direitos fundamentais, a Corte reafirmou sua jurisprudência quanto à clara e óbvia necessidade de investigação, ressaltando que a natureza grave do caso em tela, por se tratar de um jus cogens, teria uma particular importância, enfatiza que é um dever jurídico de meio e não de resultado, e o direito das vítimas - e familiares - de serem ouvidos durante o processo. Entende a Corte que o estado deve organizar toda sua estrutura jurídica a fim de viabilizar e manifestar o efetivo dever investigativo do estado, assim como, garantir os direitos individuais de serem ouvidos, eludindo ainda que:

Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos.

Reforça ainda que o âmbito internacional - para além do Sistema Interamericano - há um entendimento conciso jurisprudencial no sentido de que os estados: “devem estabelecer o que ocorreu com as vítimas desaparecidas e levar à justiça as pessoas por eles responsáveis”. Merece destaque o posicionamento do Sistema Africano, que entende da seguinte maneira:

A concessão de total e completa imunidade contra o processamento e julgamento de violações de direitos humanos, bem como a falta de adoção de medidas que garantam que os autores dessas violações sejam punidos, e que as vítimas sejam devidamente compensadas, não apenas impedem que as últimas obtenham reparação dessas violações, negando-lhes, com isso, seu direito a um recurso efetivo, mas promovem a impunidade e constituem uma violação das obrigações internacionais dos Estados.

Há reiterados entendimentos jurisprudenciais da Corte acerca da incompatibilidade da anistia, com as violações graves a direitos humanos, reafirmando que não se sustenta o falso dilema entre justiça e a conciliação da história, que a busca pela paz que meios como a lei de anistia visam, são falaciosos, e que só permitem uma impunidade, que podem, inclusive, levar a reincidência dos agentes. Não faltam entendimentos do corpo internacional sustentando a impossibilidade de que a anistia produza efeitos como no Brasil, independente da forma de aprovação do texto legal, em matéria graves tuteladas pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos, assim como no plano interno, diversos países da região entenderam pela impossibilidade da anistia. E sendo assim, a Corte entende por não haver caminho diferente, a não ser reafirmar sua jurisprudência em consonância com as diversas corte internacionais, já consolidada no caso presente, no sentido de que:

São inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Corte entende que houve violação aos artigos 8.1 e 25 relacionados ao 1.1, quando o estado impede as vítimas - e familiares - de serem ouvidos, e quando deixar de investigar as violações graves a direitos humanos, sendo assim o existe um dever de adotar medidas a fim de que nenhuma pessoa venha ser privada do seu direito. Em relação ao artigo 2º da CADH, entende a Corte que o Estado deve adotar todas as medidas para adequar sua legislação interna aos termos estabelecidos pela CADH, mudando os efeitos, assim como é o caso da lei de anistia, entende que pela gravidade da matéria, uma lei que impede as investigações não poderia ser mantida com eficácia no ordenamento após a ratificação da Convenção. Essa lei não teria efeitos jurídicos, não poderiam ser um mecanismo que impeça a efetividade dos direitos elencados pela Convenção. A incompatibilidade não se trata de mera irregularidade formal, mas sim material, uma vez que permite a impunibilidade dos agentes que cometeram as violações.

Há um conflito a ser analisado, considerando que os estados partes são dotados de independência jurídica, levanta-se a questão de se a Corte teria legitimidade para dizer o direito

interno, contudo, no entendimento da Corte, o juízo de convencionalidade prevê essa possibilidade, como bem elucidado na sentença, no parágrafo retirado em íntegra:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

Ou seja, o Estado não pode simplesmente não cumprir as obrigações assumidas em Tratados, por força do princípio do *pacta sunt servanda*, não podendo simplesmente alegar questões internas para justificar um possível descumprimento, por isso, há o controle de convencionalidade - em âmbito americano - da Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, a internalização dessas decisões será debate ao longo do presente texto.

Apesar de valorar positivamente os esforços do estado em reparação e não repetição, considera que não foi suficiente, uma vez que as supostas vítimas e seus familiares permanecem sem acesso à justiça. Cabe ressaltar que por se tratar de crime contínuo, não há o que se falar em princípio da legalidade quanto à irretroatividade da lei, uma vez que o crime de desaparecimento se estende até descobrir os paradeiros das supostas vítimas. E considera que o Estado violou os artigos 2, 8.1, 25 e 1.1 da CADH.

Do direito à liberdade de pensamento e de expressão, às garantias judiciais e à proteção judicial, a Comissão, das diversas alegações, destaca-se que a mesma entende que a desinformação informação das famílias, mantidas por parte do Estado configura ato análogo a tortura. Restaram demonstradas as tentativas judiciais, por parte dos familiares e do Ministério Público, de esclarecer as circunstâncias dos desaparecimentos, tanto antes, quanto depois da

aceitação da jurisdição da Corte, o que levou o Estado a fornecer um arquivo de 21.000 páginas acerca das operações militares que envolviam a Guerrilha do Araguaia, no qual restaram demonstradas tentativas das Forças Armadas em investigar os fatos relacionados ao grupo.

Houve ainda uma demanda perante as Procuradorias da República do Pará, São Paulo e Distrito Federal, que levaram a um relatório denominado “Relatório Parcial de Investigação sobre a Guerrilha do Araguaia”, gerando em seguida uma Ação Civil Pública em face da União. Com objetivo de desclassificar o sigilo dos documentos referentes ao grupo, o Ministério Público Federal peticionou pela intimação do Presidente da República, assim como a diversas autoridades do Poder Público. E, a Corte correlaciona os fatos com o direito à liberdade de pensamento e expressão, no sentido de que estes direitos compreendem: “não apenas o direito e a liberdade de expressar seu próprio pensamento, mas também o direito e a liberdade de buscar, receber e divulgar informações e ideias de toda índole”.

A Convenção expressamente estabelece que se tenha o direito à informação, ou seja, salvo haja um motivo legítimo para reter a informação por parte do Estado, o indivíduo tem o direito de requisitar a informação, o que gera uma obrigação positiva ao Estado de fornecer informações. Reafirma que há um consenso regional de que devem haver meios de informação concreto à sociedade de maneira geral, inclusive com Assembleia Geral da OEA na qual os definiu-se que os estados deveriam adotar as medidas legislativas possíveis para viabilizar tal direito, sendo esse um requisito importante à democracia. E a jurisprudência da Corte presa pelo princípio da máxima divulgação, isto é, as exceções devem ser restringidas no máximo que puderem. No caso em tela, o Tribunal definiu que as vítimas têm um direito concreto a conhecer a verdade, ou seja, ter conhecimento do que ocorreu no contexto dos desaparecimentos forçados dos seus entes, assim como de onde encontram-se os restos mortais dos mesmos. Em suma, define que o Estado não pode alegar interesse público para omitir informações nos casos de violação de direitos humanos. Manifesta ainda que não pode o poder público meramente informar não haver notícia de relatórios ou informações precisas, é necessário uma fundamentação coesa da ausência de tais informações. E conclui-se pelo descumprimento dos artigos 13 com relação aos 1.1, 8.1 e 25 da Convenção.

Ainda referente ao direito de informação, ressalta-se a necessidade de um prazo razoável, isso é: “a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; c) a conduta das autoridades judiciais, e d) a afetação provocada na situação jurídica da pessoa implicada no processo”. Depreende-se que do caso em tela, não há o que se alegar quanto à complexidade, em que pese se tratar tão somente de uma solicitação de informação. Assim como não há o que se falar em protelação por parte das famílias das vítimas para dilatar para postergar o processamento. Quanto à conduta do Estado, percebe-se uma demora exagerada para apresentar o relatório. E por fim, quanto ao último elemento, a Corte entende desnecessária sua análise. Ao todo, transcorreu-se nove anos, o que supera qualquer indício de razoabilidade, violando assim o artigo 13 e 1.1 da Convenção.

As partes apontaram uma incompatibilidade do direito interno com a Convenção, a Corte por sua vez, com atribuição para o controle de convencionalidade analisa as legislações aplicadas no caso concreto, sendo estas as Lei nº 8.159/91 e a Lei nº 9.140/95, sendo certo que a época o Estado demonstrou as iniciativas legislativas em melhor normatizar o acesso a informação com um projeto de lei, e Corte ressaltou a necessidade de que a nova legislação atenda ao disposto no artigo 13 da CADH. Enfatiza ainda que o acesso à informação não se trata de um direito absoluto, sendo assim, pode ser limitado, contudo as limitações precisam estar previamente estabelecidas, formal e materialmente em lei expressa, deve-se observar o disposto no artigo 13.2 da CADH:

13.2.O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Em suma, deve-se optar pela legislação que menos restringe informação, apenas que de fato sejam necessárias a ordem pública, ou situação previamente prevista pela CADH, com base nos princípios da boa-fé e máxima divulgação, sendo necessária justificativa para a negação de informação. E devem haver meios judiciais, ágeis e efetivos, para o caso de descumprimento.

Quanto ao direito à integridade pessoal, a Comissão alegou que ocorreu uma violação à integridade psíquica e à moral dos familiares, uma vez que não havia uma investigação penal, apenas algumas suspeitas da forma de execução, inclusive possíveis torturas, dos seus familiares, por outro lado, o Estado alegou ter despendido esforços para minimizar a dor dos familiares na redemocratização. Pela jurisprudência do Tribunal, a família das vítimas pode figurar como vítimas no caso concreto também, entendendo que se pode presumir os danos, considerando se tratar de um *juris tantum*, o dano psíquico e moral dos familiares diretos resta presumido, caberia ao Estado desqualificar a presunção, contudo, os familiares, por assim dizer, não diretos, precisam ser analisados no caso concreto, conforme se seguiu. Nos casos de desaparecimento forçado, a falta de notícia é uma forte violação aos direitos dos familiares, gerando uma angústia por não se ter qualquer indício do que aconteceu na época dos fatos, tendo o estado o dever de investigar para com os familiares, em risco de violar a integridade dos mesmos.

Considerando que toda violação a direitos tem o dever de reparação, segue-se a reparações impostas pela sentença perante a Corte, sendo certo que o Estado se manifestou favorável em adotar as medidas que seriam definidas, mas deixa a ressalva das medidas já adotadas a fim de não incorrer em um “bis in idem indenizatório”. Passada a identificação extensa das vítimas, a Corte aponta as medidas. Em prima, a obrigação de investigar, punindo se necessário, e determinar os paradeiros das vítimas, de forma efetiva, completa e imparcial, ressaltando ser crimes imprescritíveis e não poder ser objeto de anistia, adequando seu ordenamento, em que pese as leis de anistia e acesso a dados não obstruam os direitos dos familiares, garantindo o pleno acesso e capacidade de ação dos mesmos. Em seguida, que seja determinado o paradeiro das vítimas, ou seja, todos os esforços precisam ser realizados a fim de que encontrem os restos mortais, e que seja essa entregue às famílias a fim de viabilizar um sepultamento digno, dentro das crenças de cada qual, conforme lhes é de direito. Por fim, outras medidas foram estabelecidas, como a reabilitação com atenção médica e psicológica por um sistema especializado em vítimas do caso em questão; a publicação da sentença em diário oficial e em site oficial; realizar ato público a fim de reconhecer a responsabilidade internacional do caso em tela; educação das forças armadas em direitos humanos dando continuidade ao que já se tem de incentivo internamente, mas também estabelecendo um programa permanente; dar prosseguimento aos trâmites legislativos a fim de tipificar o desaparecimento forçados, e adequar sua legislação a CADH; acesso a informação com adequação da normativa interna em

prazo razoável; criação da Comissão da Verdade com idoneidade, independência e transparência.

Aplicadas as indenizações por danos materiais e imateriais, e a reparação dos custos e gastos, condenou-se o Brasil pela violação dos artigos 3,4, 5, 7 relacionados ao 1.1, assim como ao artigo 2 relacionado aos artigos 8.1, 25 e 1.1, e ainda aos artigos 13 e 5.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

2.3.1 Voto do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas

O presente voto segue em consonância com a sentença, tendo por objetivo tão somente ampliar a argumentação do ponto de vista do juiz brasileiro, nos pontos:

a) desaparecimento forçado e os direitos violados das 62 pessoas desaparecidas; b) aplicação da Lei de Anistia como empecilho à investigação, julgamento e punição dos crimes; c) ineficácia das ações judiciais não penais; d) falta de acesso à informação sobre o ocorrido com as vítimas desaparecidas e executada; e) falta de acesso à justiça, à verdade e à informação.

Em primeira análise, o juiz ad hoc ilustra o controle de constitucionalidade e convencionalidade. Apontando que a Corte IDH está para os estados, como a Cortes Superiores estão para o plano interno, ou seja, cada estado que livremente acatou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos aceitou seu controle de convencionalidade. A Convenção seria, nas palavras do juiz brasileiro, uma constituição supranacional, sobre a qual a Corte teria a última palavra interpretativa.

Dentro desse controle exercido pelo Tribunal, entende que os estados partes devem se adequar a CADH, inclusive com emendas constitucionais, nos termos do artigo 2º da mesma:

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

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

Quanto à competência de reconhecimento da responsabilidade internacional do estado, apenas ressalta que o Brasil não controverteu a sua responsabilidade, quanto a assumiu de forma parcial.

Quanto à competência para classificar crime como de lesa-humanidade, ressalta que a Corte tem a obrigação de reconhecer o *jus cogens*, considerando que o caso em tela se enquadra como crime de lesa-humanidade, que apesar de não ter competência para julgar o crime, deve reconhecer a responsabilidade internacional do Estado, entendendo que o Direito Humanitário e o Direito Penal Internacional são complementares. Por fim, encerra o voto afirmando que não é possível que um estado de valha do direito interno para se eximir de responsabilidade por crime de lesa-humanidade, em desacordo com o que chama de positivismo exacerbado, o juiz conclui de que é preciso julgar, a fim de que se tenha a punição necessária em vista a evitar repetição.

2.4. Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (“Favela Nova Brasília”) vs. Brasil

O caso em tela foi submetido a Corte Interamericana de Direitos Humanos em 19 de maio de 2015, a Comissão alegou que houve falhas e demora na investigação por parte do Estado de execuções extrajudiciais de uma incursão da polícia civil na Favela Nova Brasília, com acusações de estupro de menor e tortura de menores, sendo alegado que as investigações que ocorreram teriam tido o objetivo de estigmatizar e revitimizar as vítimas fatais do incidente, desviando o foco, tentando aplicar a culpabilização da vítima, e não adentrando ao mérito que era justamente a legitimidade do uso da força do aparato policial no caso em questão. E assim a Comissão alegou violação aos artigos 4.1, 5.1, 5.2, 8.1, 11, 19 e 25 com relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como aos artigos 1,6 e 8 da Convenção

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST), e por fim, o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, seguida de uma série de recomendações elucidadas na sentença para que o Estado minimizasse as violações.

Das sete exceções preliminares apresentadas pelo Estado, acolheu-se apenas duas, contudo, seguem as pontuações pertinentes à jurisprudência da Corte.

Quanto à alegação de inadmissibilidade por conta do Relatório de Mérito da Comissão, de acordo com a interpretação dos artigos 50 e 51 da CADH, há dois tipos de relatórios, sendo esses o preliminar e o definitivo. O primeiro é encaminhado ao estado, e por sua natureza preliminar não é facultado ao mesmo a sua divulgação, de maneira lógica, também não é autorizada a Comissão o fazer. Contudo, havendo inércia do estado, pode a Comissão levar a Corte ou emitir a sua publicação, sendo assim, improcedente tal alegação.

Quanto a incompetência em razão da pessoa, existe um momento oportuno para a identificação da vítimas, e em pouquíssimos casos há a possibilidade de uma exceção, como é o caso de coletividade, no caso em tela, alguns aspectos trazidos pela Corte merecem destaque: i) do contexto do caso; ii) da natureza coletiva da violação dos direitos humanos; iii) da falta de documentos de identidade; iv) do período de 22 anos transcorridos desde a primeira incursão policial; e v) de alguns atos de omissão de registro atribuíveis ao Estado. E sendo assim, acolhe parcialmente a preliminar apresentada pelo Estado.

Quanto à incompetência em razão temporal, reafirma-se a competência de processar e julgar os fatos ocorridos posteriormente ao reconhecimento da jurisdição da Corte, dessa forma, acolhe-se parcialmente a preliminar.

Quanto à matéria em relação ao princípio da subsidiariedade, entende que a alegação do Estado de que o caso se trataria de uma quarta instância, a Corte relembra que tal alegação se

daria tão somente de caso de revisão de sentença, o que não resta configurado no presente caso. Por fim, considerou-se improcedente.

Quanto à incompetência em razão da matéria em relação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a Corte rechaça argumentação do estado reafirmando sua posição de que “pode exercer sua competência contenciosa a respeito de instrumentos interamericanos distintos da Convenção Americana, quando estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional”. Elucida que a ausência da cláusula expressa concedendo a competência da Corte de julgar e processar os casos da Convenção contra Tortura se deu por um contexto histórico, que a época da redação os países não teriam todos aderidos a CADH, tem-se ainda que:

Ao aprovar essa Convenção, considerou-se importante atribuir a competência para aplicar a Convenção contra a Tortura a um órgão internacional, quer se trate de uma comissão, um comitê ou um tribunal existente, quer se trate de algum outro que seja criado no futuro.⁴⁹ Nesse sentido, a Comissão e, conseqüentemente, a Corte têm competência para analisar e declarar violações a essa Convenção.

Em relação à Convenção protetiva à Mulher, existem expressamente referências à Comissão no tratado, o que leva a Corte a entender que é logicamente competente para julgar e processar casos relacionados a esta. Sendo assim, improcedente a preliminar.

Quanto à falta do esgotamento dos recursos internos, resta estabelecido no entendimento do Tribunal que essa alegação é um direito que pode ser renunciado, expressamente ou tacitamente, que tem momento oportuno para alegá-lo, e que no caso, precisa demonstrar quais os recursos ainda possíveis internamente. E como o estado não atendeu aos requisitos, considerou-se improcedente a liminar.

Por fim, a última preliminar seria acerca da inobservância de prazo razoável para submissão do caso à Comissão, ressalta-se que a exigência do esgotamento dos recursos internos é para o momento da admissibilidade da petição. Reafirma que os recursos internos

precisam existir formalmente, mas deve ter efetividade também. Por fim, a Corte recusa a preliminar, considerando que não houve prejuízo ao direito de defesa do Estado.

Passadas as provas, a Corte despendeu uma minuciosa análise e valoração das possíveis provas documentais, testemunhais e periciais, definindo as admissíveis ou não. Em seguida, dissertou-se acerca dos fatos provados, enfatizando que os anteriores ao reconhecimento da jurisdição, se deu tão somente a fim de contextualizar os fatos a serem analisados, processados e julgados. Ressalta que o Estado reconheceu 26 homicídios e 3 caso de violência sexual em data anterior ao reconhecimento da jurisdição da Corte, discorreu-se sobre o contexto de violência policial no Brasil. Dos fatos posteriores ao reconhecimento da Corte, constatou-se não ter tido uma investigação significativa até 2002, a partir de 2003, ocorreram algumas movimentações processuais acerca do caso, que fora arquivado em 2009. Apenas em 2013, a Comissão enviou o relatório de mérito ao Brasil retomando o caso, com diversos desdobramentos internos. Por fim, passado ao mérito.

Do direito à garantia e proteção judicial, a Comissão alega que a mesma delegacia que incorreu nos fatos, fora responsável pela investigação, o que afetaria a imparcialidade da mesma, levando a uma violação aos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, e em relação a Convenção de Belém do Pará, apesar de ter sido ratificada posteriormente aos fatos, entende que o dever de investigar é contínuo, ou seja, violaria o artigo 7º desta última Convenção. Os representantes foram além nas imputações, incluindo o artigo 5º da CADH e 1, 6 e 8 da CIPST. E para a análise desse ponto, a Corte definiu em:

i) as normas relativas a devida diligência e prazo razoável em casos de alegadas execuções; ii) a independência dos órgãos investigativos em casos de morte decorrente de intervenção policial; e iii) os efeitos dos “autos de resistência à prisão” nas investigações. A seguir, procederá a uma análise concreta sobre: iv) a devida diligência e o prazo razoável nas investigações relacionadas com as incursões de 1994 e 1995; e v) a efetividade dos recursos para a proteção dos direitos dos familiares das vítimas mortas nas incursões de 1994 e 1995. Posteriormente, a Corte se pronunciará sobre: vi) as normas relativas à devida diligência em casos de violação sexual; e vii) realizará uma análise sobre a resposta estatal em relação às violações sexuais de L.R.J., C.S.S. e J.F.C.

Referente ao ponto i., a Corte reafirma a obrigação de se oferecer recursos judiciais efetivos em casos de violação de direitos humanitários com o devido processo legal, enfatiza que quando trata-se de uma possível exacerbação do poder estatal, acentua-se essa obrigação, não sendo o caso de um interesse particular que a vítima poderia ou não buscar os meios investigatórios. O estado tem obrigação de investigar a intencionalidade, se o fato foi arbitrariedade ou não do poder público, seria elemento fundamental e condicionante para efetivar o direito à vida positivado na CADH - e direito natural há qualquer indivíduo para além do positivismo - comprometendo inclusive a responsabilidade internacional do estado. Sendo assim, o estado tem a obrigação de depreender uma “investigação séria, imparcial e efetiva do ocorrido, no âmbito das garantias do devido processo”. Relembrando que a falta de diligência pode ser extremamente prejudicial na obtenção de provas.

Quanto ao ponto ii, discorre-se acerca da independência investigativa em casos relacionados à violência policial. A Corte entende que mesmo que na fase investigatória, os procedimentos devem seguir a regra do artigo 8.1 da CADH, sem as quais inviabilizaria a jurisdição efetiva e eficiente na sua faculdade acusatória. Por se tratar de casos com atos do próprio poder estatal, que é ainda legitimado para investigar, para ocorrer uma investigação que respeite os parâmetros de razoabilidade da CADH, seria necessária, pelo menos, uma comissão especial de inquérito. Quanto à independência, é necessário que haja concretamente uma independência funcional e prática do órgão investigador, de maneira suficientemente a fim de garantir a seriedade e legitimidade da mesma. E caso haja questionamentos, a Corte elenca quatro critérios para verificação da independência e imparcialidade, sendo esses, a adequação das medidas, celeridade, participação da família, e por fim, independência. Em suma, cabe ainda ao estado a verificação do caso concreto no sentido de determinar se a força utilizada foi legítima diante das circunstâncias.

Quanto ao ponto iii, há de se analisar o efeito dos autos de resistência à prisão nas investigações. Preliminarmente a Corte ressalta não ter jurisdição quanto aos fatos anteriores ao reconhecimento da sua jurisdição, contudo, os efeitos dos referidos autos se prolongam no tempo, por esse fato estes estão sob a análise do Tribunal. A fim de elucidar a questão, segundo a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro se tornou algo comum na praxe da polícia certificar que houve resistência ao efetuar a prisão, o que daria uma roupagem legal a violência

empregada nos casos concretos. E no caso em tela não foi diferente, uma vez que as investigações começaram com o levantamento desses autos. Ocorre que a narrativa é de que houve um confronto, e a ação policial teria sido meramente uma resposta proporcional com os meios adequados a fim de resguardar sua vida, o que seria o instituto da legítima defesa, excludente de ilicitude no direito interno. Ressalta-se que o servidor público tem fé-pública, é que apesar de muitas vezes existirem indícios de execução sumária, esses são ignorados, prevalecendo a narrativa de que foram atividades legais, uma vez que as incursões se deram para averiguar alguma suspeita de autoria de outro crime, ou seja, no final a narrativa deixada era de que a pessoa morta no suposto confronto seria um criminoso a quem já se investigava por práticas de delitos anteriores, em uma espécie de revitimização dos falecidos.

Quanto ao ponto iv, no que se refere à alegação da violação das garantias judiciais e da proteção judicial aos familiares das vítimas, a Corte entende que houve uma demora excessiva por parte do Estado, levando a um extenso período de inatividade, causando uma consequente prescrição, ressaltando que o próprio órgão realizar a investigação contra si, acarretou também essas travas no desenvolvimento, por não se tratar de investigação independente, considerando que não havia idoneidade e objetividade a fim de garantir a independência e imparcialidade da investigação, ressalta que o Estado tinha o dever de agir com mais diligência. Em que pese a duração razoável do processo, salienta-se que compreende-se da duração total, do início até a sentença em definitivo, devendo se dar em tempo razoável, a demora prolongada por si já viola as garantias judiciais previstas pela CADH, de acordo com a jurisprudência da Corte, há quatro critérios para justificar a demora, sendo estes: “i) a complexidade do assunto; ii) a atividade processual do interessado; iii) a conduta das autoridades judiciais; e iv) o dano provocado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo”, sendo certo que o caso presente não configurou nenhuma das hipóteses, por fim, considerou-se violado o artigo 8.1 com relação ao 1.1 da CADH. No que tange a proteção judicial efetiva, é necessário que haja respostas concretas no ordenamento interno para o caso, sendo duas obrigações, normatização do direito e meios de executá-lo, não tendo sido demonstrado no caso, violou-se o artigo 25 em relação ao 1.1 e 2 da CADH.

Em referência ao ponto v, no que tange a diligência e prazo das violações sexuais faz-se necessária uma política concreta e integral a fim de proteger e prevenir, tendo as obrigações

genéricas da CADH, e as específicas da Convenção de Belém do Pará. A Corte entende que a violência sexual vai além do ato sexual sem consentimento, trazendo um conceito mais abrangente do que configuraria um estupro, enfatizando ainda que nesses casos, não raro, os vestígios são limitados, às vezes inexistentes, por isso, deve ser especialmente valorizadas a palavra da vítima, que muitas vezes não denuncia por um medo de estigmatização, e pelos diversos traumas e sofrimento inerentes a um processo investigatório. Entende ainda que o estupro é uma espécie de tortura, devendo ser observada toda a legislação e jurisprudência da temática no caso em tela. Por fim, elenca ainda aspectos necessários a investigação, os quais reproduz-se a íntegra:

i) a vítima preste depoimento em ambiente cômodo e seguro, que lhe ofereça privacidade e confiança; ii) o depoimento da vítima seja registrado de forma tal que se evite ou limite a necessidade de sua repetição; iii) seja prestado atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada, caso seja necessário, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação; iv) se realize imediatamente um exame médico e psicológico completo e detalhado, por pessoal idôneo e capacitado, se possível do sexo que a vítima indique, oferecendo-lhe que seja acompanhada por alguém de sua confiança, caso o deseje; v) se documentem e coordenem os atos investigativos e se use diligentemente a prova, retirando amostras suficientes, realizando estudos para determinar a possível autoria do ato, assegurando outras provas, como a roupa da vítima, investigando de forma imediata o lugar dos fatos e garantindo a correta cadeia de custódia; vi) se ofereça acesso a assistência jurídica gratuita à vítima durante todas as etapas do processo; e vii) se preste atendimento médico, sanitário e psicológico à vítima, tanto de emergência como de forma continuada, caso seja solicitado, mediante um protocolo de atendimento, cujo objetivo seja reduzir as consequências da violação.

Finalmente, em relação a ponto vi, com foco na diligência e proteção judicial da vítima de violência sexual, entendeu-se que a forma como foi conduzida a investigação não respeitou os aspectos elencados pela Corte anteriormente, dessa forma verificou a violação dos artigos 8.1 com relação ao 1.1 da CADH, 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e por fim, 7 da Convenção de Belém do Pará.

Passado a um novo dispositivo da CADH, pontua-se acerca da integridade pessoal. No presente caso, restou provado que alguns familiares sofreram danos a sua integridade psíquica e moral de forma concreta em decorrência da falta de investigação do caso. Sendo que certo que os impactos concretos na vida dos familiares foram bem extensos, com mudanças bruscas

em suas vidas e desenvolvimento, fora a condição de desproteção e vulnerabilidade que passaram após a incursão policial. Violou-se o artigo 5 em relação ao 1.1 da CADH.

Em que pese ao direito de circulação e residência, apenas levantando pelos representantes, contudo, por essa alegação não estar no marco fático do relatório final, foi desconfigurada a alegação de violação ao artigo 22.1 da CADH.

Quanto às reparações, determinou a corte que em relação às execuções investigue e puna os responsáveis, com:

a) assegurar o pleno acesso e a capacidade de agir dos familiares em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e

b) abster-se de recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura.

E no que se refere a violência sexual, seja investigada com as determinações da Corte, e com participação adequada. O Estado deve fornecer atendimento psicológico e psiquiátrico às vítimas, assim como custear os medicamentos. Publicar o resumo da sentença em diário oficial, jornal de grande circulação, e deixar disponível por três anos em site oficial. Realizar cerimônia pública e divulgada com a participação das vítimas a fim de reconhecer a responsabilidade internacional, assim como inaugurar placas em memória das vítimas. O Estado deverá atuar positivamente para reduzir a letalidade das ações policiais no Rio de Janeiro, e dar prosseguimento aos diversos programas nacionais para a redução e transparência quanto às atuações policiais. A Corte definiu ainda que o estado determine as medidas legislativas ou quaisquer outras para efetivar a participação das vítimas ou familiares na investigação. De maneira incisiva, o Tribunal ataca as expressões “oposição” e “resistência” nos autos de infração, determinando que devem ser abolidas do vocábulo policial. Outras

medidas foram ainda apresentadas pela Corte, assim como definiu-se os valores dos danos materiais, imateriais, custas e reembolsos. Reconhecida a responsabilidade internacional do Estado, aplicou-se as penalizações pelas violações aos artigos citados ao longo deste subcapítulo.

2.5. Caso Herzog e outros vs. Brasil

Em 22 de abril de 2016, submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o famoso caso Herzog, um dos mais emblemáticos casos de assassinato da Ditadura Militar, famoso pela cena montada de um suposto suicídio, fora enfim resolvido perante a um Tribunal Internacional. A Comissão concluiu que o Estado violou a Declaração Americana, assim como a CADH e a CIPTS, e expediu uma série de recomendações. O Estado apresentou nove exceções preliminares, das quais se esclareceram os aspectos jurisprudenciais mais relevantes para este estudo.

Da preliminar em razão do tempo, já exaurido pela Corte, a mesma possui competência para os fatos posteriores à aceitação da sua jurisdição, dessa forma sua competência no caso refere-se não aos fatos criminosos, mas à investigação, do tempo do reconhecimento em diante. Aceitando parcialmente a preliminar.

Alegou-se a incompetência pela matéria no que se refere à CIPST, mais uma vez a Corte reafirmou sua jurisprudência ao entender que o artigo 8º da referida convenção não se refere expressamente a Corte por uma questão histórica, e confirma ter competência para julgar e processar o presente caso a luz do Tratado mencionado, sendo improcedente a preliminar.

Da falta de esgotamento dos recursos internos, é um direito de defesa do Estado, do qual pode abrir mão, há o momento oportuno para alegá-lo, e é dever do que alega apresentar quais seriam esses recursos disponíveis. Não ocorrendo no caso em tela, declarou-se improcedente a alegação.

Houve ainda a alegação de que o prazo para apresentação da petição à Comissão teria sido descumprido, a Corte considera razoável que os representantes tivessem expectativa de que com a transição democrática, o Estado viesse a solucionar o caso, contudo, não ocorreu, ressaltando o contexto da Lei de Anistia brasileira. Dessa forma, considerou razoável o prazo no qual fora apresentada a petição, e julgou improcedente a preliminar.

Alegou-se a incompetência em razão da matéria no que refere-se aos artigos 8 e 25 da CADH, alegando a exceção da quarta instância, contudo, a jurisprudência da Corte é clara ao afirmar que apenas se daria essa alegação se houvesse uma revisão a decisão interna, não sendo o caso, afastou-se a preliminar.

O Estado alegou que o Relatório de Mérito ter sido publicado seria inconveniente, contudo, retomando a jurisprudência do tribunal, fora afastada a alegação, uma vez que conforme o caso Favela Nova Brasília, é possível a publicação do relatório perante uma inércia estatal, sendo improcedente a preliminar.

Como última preliminar, alegou-se a incompetência da Corte para analisar os fatos apresentados pelos representantes. De acordo com o Tribunal, no caso em questão, há de se analisar que “o quadro fático do processo perante a Corte é constituído pelos fatos constantes do Relatório de Mérito, com exceção dos fatos que se qualificam como posteriores, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo”, e os fatos apresentados pelos representantes guardam pertinência, sendo assim, serão analisados no mérito.

Das provas admitidas pela Corte, havia prova documental, depoimentos e pareceres periciais. Dos fatos provados, segue um breve relato. Destaca-se, como no caso *Gomes Lund e outros vs Brasil*, que o contexto histórico de Ditadura Militar está longe de ser irrelevante, uma vez que havia uma forte repressão a oposição e de operações de investigação das forças armadas intensa. Vladimir Herzog, jornalista e opositor político, foi privado de sua liberdade em 24 de outubro de 1975, em um contexto de detenção de diversos jornalistas. Em 1973,

iniciou-se a Operação Radar pelas Forças Armadas, com a finalidade de dismantelar o PCB, assim como executar os dirigentes, gerando diversos casos de tortura e morte dos membros do Partido. Na sua detenção, Herzog foi privado de sua liberdade e torturado, na mesma tarde foi assassinado, e a versão oficial dizia que ele teria confessado a participação no partido comunista e cometido suicídio, se enforcando. No inquérito policial militar, havia um relatório no qual dizia que havia indícios típicos de suicídio. Em 19 de abril de 1976, foi interposta uma Ação Declaratória à Justiça Federal para que fosse reconhecida a responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, tortura e morte de Vladimir Herzog, e com depoimentos e indícios claros, a versão da União tornou-se de difícil sustentação, obtendo assim, uma decisão favorável em primeira instância por crime de abuso de autoridade e tortura, em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região negou o recurso, tornando a decisão definitiva em 27 de setembro de 1995. Em 1979, foi sancionada a Lei de Anistia, pelo General Figueiredo já na transição democrática sendo legitimada pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, contudo, a Corte já entendeu que a lei brasileira é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos no caso da Guerrilha Araguaia. Em 1992, o conhecido Capitão Ramiro veio a público informar que fora o único responsável pelo interrogatório de Herzog, contudo, apesar de ter sido instaurado inquérito, em decorrência da Lei de Anistia, o mesmo foi paralisado. A promulgação da Lei 9.140/1995 reconhece a responsabilidade do Estado pelas violações a direitos, assim como no caso Herzog, inclusive houve uma compensação indenizatória a Clarice Herzog. Em que pese a atuação do Ministério Público Federal, há de se ressaltar que também não fora eficaz a investigação. Houve ainda uma Ação Civil Pública declarada improcedente. Por fim, a Comissão Nacional da Verdade apurou que a morte de Herzog havia sido por estrangulamento, e que a cena posterior de um suposta suicídio, com corpo em suspensão incompleta não procedia, e fora alterado o atestado de óbito.

Após a necessária contextualização do presente caso, em razão do seu simbolismo histórico e contexto jurídico dos atos que se sucederam, há de se analisar o mérito da questão, se os fatos posteriores ao reconhecimento da jurisdição da Corte violaram os Tratados de direitos humanitários ou não.

Inicia-se analisando o direito às garantias judiciais e à proteção judicial, os representantes ressaltam que os efeitos da sentença do caso Gomes Lund foram ineficazes, uma

vez que a lei de anistia continua impedindo investigações. Neste ponto, a Corte julgará nos seguintes aspectos:

(1) os crimes contra a humanidade e a jurisprudência internacional sobre essa figura; (2) as consequências jurídicas da perpetração de um crime contra a humanidade; (3) a tortura e morte de Vladimir Herzog e suas consequências para o presente caso; e (4) a ação estatal antes e depois do reconhecimento da competência da Corte Interamericana por parte do Brasil. Finalmente, a Corte exporá (5) suas conclusões sobre o caso concreto.

A princípio, a Comissão alega que houve um crime contra a humanidade no caso Herzog, tendo o Estado o dever de investigar, julgar e punir, não podendo se desonerar da responsabilidade pelas vias processuais internas. Dessa forma, custa salientar que os crimes cometidos são reconhecidos com status de jus cogens, sendo assim, são normas imperativas do direito internacional, tendo inclusive diversos Tratados tipificando os crimes contra a humanidade no plano internacional. Quanto à imprescritibilidade tem se que:

Se deduz da gravidade dessas condutas e que sua diferença em relação a crimes de direito interno advém da necessidade de repressão eficaz dos crimes graves, conforme o Direito Internacional, em razão da consciência universal contra a impunidade desses crimes, e porque a falta de punição provoca reações violentas de amplo alcance.

Nesse sentido, pela gravidade dos fatos narrados e pelo contexto jurídico internacional, não parece razoável que o Estado alegue uma legislação interna, já tida como inconveniente, para não investigar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade, uma vez que esse tipo de crime é definido pelo Direito Internacional. Os crimes contra a humanidade são uma afronta à paz e à segurança, sendo crimes de Estado, geralmente tem como atores agentes estatais, a Corte destaca ainda diversos debates internacionais a fim de delimitá-los, nos quais encontram-se, em sua maioria, o conceito de crimes graves ou desumanos contra uma sociedade civil como uma política. Tendo status de jus cogens tem o reconhecimento de toda a comunidade internacional, não podendo ser alegado:

i) a prescrição; ii) o princípio ne bis in idem; iii) as leis de anistia; assim como iv) qualquer disposição análoga ou excludente similar de responsabilidade, para se escusar de seu dever de investigar e punir os responsáveis.¹⁹³ Além disso, como parte das obrigações de prevenir e punir crimes de direito internacional, a Corte considera que os Estados têm a obrigação de cooperar e podem v) aplicar o princípio de jurisdição universal a respeito dessas condutas.

No caso em tela, a época da sentença já havia o reconhecimento do Estado acerca da responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e assassinato, contudo, a divergência está na possibilidade ou não de se investigar e punir pelos fatos ocorridos, e na aplicação da Lei da Anistia, Prescrição, *ne bis in idem* e coisa julgada. Para seguir a análise, a Corte se propôs a verificar os seguintes pontos:

i) cometidos por agentes estatais ou por um grupo organizado como parte de um plano ou estratégia preestabelecida, ou seja, com intencionalidade e conhecimento do plano; ii) de maneira generalizada ou sistemática; iii) contra a população civil; e iv) com um propósito discriminatório /proibido.

Em relação a ser realizado pelo Estado, ficou demonstrado que diversos núcleos das forças armadas atuaram sistematicamente se utilizando da tortura como meio de obtenção de informação ou confissão, assim como privação da liberdade de forma arbitrária e invasão de domicílio, contra grupo político opositores. Quanto a gravidade das condutas, a Corte destacou as diversas formas de tortura comumente usadas nesse período de exceção, sendo físicas e psicológicas. Dessa forma, a Corte conclui que os atos praticados no caso concreto foram crimes contra a humanidade.

Das obrigações do Estado perante tal conclusão, tem-se que é fundamental que o Estado atue efetivamente a investigar de ofício os fatos, principalmente se cometidos por agentes estatais, como restou configurado no caso. Da atuação estatal no caso em tela, a Corte entende que houve uma incompatibilidade dos atos estatais com os parâmetros internacionais para tais condutas. Em primeiro, ressaltar ser inadmissível alegar prescrição em crimes contra a humanidade. Quanto à princípio do *ne bis in idem*, ressaltar se uma garantia singular do direito penal, contudo há exceção em casos de crime contra a humanidade, considerando que a impunidade nesses casos é especialmente grave, há de se ressaltar que a decisão alegada não é de mérito, e baseia-se em uma lei interna considerada inconveniente, então, definitivamente, a Corte entende que o princípio não se aplica. Quanto a referida lei de anistia, reafirma o reiterado posicionamento da Corte pela inconveniência das leis de anistia quando se trata

de crimes graves contra os direitos humanos, ressaltando ainda que há um consenso das Cortes internacionais de proteção a Direitos Humanos de que as leis de anistia são incompatíveis com o dever internacional de investigar e punir esse tipo de violação, entende ainda que “os Estados estão facultados a utilizar o princípio de jurisdição universal, a fim de cumprir a obrigação de investigar, julgar e punir os responsáveis, e as obrigações relacionadas às vítimas e outras pessoas”.

Quanto à Jurisdição Universal, segundo o entendimento da Corte Permanente de Justiça Internacional o princípio da territorialidade do Direito Penal não é absoluto, sobretudo em casos de crimes contra a humanidade. Os estados têm a faculdade de exercer sua jurisdição, mas há ainda o fenômeno da cooperação internacional, com o objetivo de erradicar a impunidade no âmbito de direitos humanitários. O conceito de jurisdição universal ganhou forma nos últimos tempos, e a Corte definiu da seguinte forma:

a) a jurisdição universal é uma norma consuetudinária que se encontra cristalizada, razão pela qual não necessita estar prevista em um tratado internacional; b) poderá ser exercida com respeito aos crimes internacionais identificados no Direito Internacional como pertencentes a esta categoria, tais como o genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra; c) está baseada exclusivamente na natureza do delito, sem importar o lugar em que foi cometido e a nacionalidade do autor ou da vítima; e d) sua natureza é complementar frente a outras jurisdições.

Ressalta ainda que o Brasil se manifestou favoravelmente à jurisdição universal mediante a Assembleia Geral das Nações Unidas. Contudo, essa jurisdição deve ser realizada de acordo com as diretrizes internacionais, e tem caráter subsidiário. A Corte ressalta ainda que no atual nível de desenvolvimento do Direito Internacional, o principal critério é o da razoabilidade processual e político-criminal, não hierárquica.

No que tange o princípio da legalidade, há de se ressaltar que na data dos fatos os atos praticados já eram considerados crimes pelo ordenamento interno, e nesse diapasão a Corte entende que é completamente irrazoável alegar que os autores não sabiam da ilicitude dos seus atos. Ainda que não houvesse uma normatização interna, não eximiria o Estado do dever de investigar e punir, por ser um crime contra a humanidade de natureza jus cogens.

E por fim, a Corte considera que o Estado não aplicou a CADH, violando os seus artigos 8.1 e 25.1 em relação ao 1.1 e 2, assim como violou os artigos 1, 6 e 8 do CIPST.

Para além dos dispositivos já apreciados, a Corte passa a analisar o direito a conhecer a verdade, nos termos dos artigos 8 e 25 da CADH, em decorrência da manifestação dos representantes a fim de obterem a verdade histórica completa. A Corte entende que apesar de o acesso à justiça, em seu dever de investigar inclua o direito de conhecer a verdade, este último pode ser mais amplo, atingindo a outros direitos ainda, merecendo uma análise mais profunda. Entende ainda que teriam duas vertentes para analisá-lo: “i) a alegada violação desse direito em razão da impunidade em que se encontra a detenção, tortura e execução de Vladimir Herzog, bem como pela divulgação de uma versão falsa dos fatos; e ii) a suposta falta de acesso aos arquivos do DOI-CODI/SP.”. Ressalta que valoriza os esforços nacionais para a apuração dos fatos, mas enfatiza que a Comissão da Verdade não é um órgão judicial, nem deve atuar como se fosse. Retoma, ainda, a jurisprudência da Corte no caso Gomes Lund e aponta que não pode o Estado manter como secreta informações e impedir que seja prestada a fim de evitar responsabilizações. Por fim, o Estado não pode eximir-se do dever de prestar informações, e deve atuar de maneira eficaz para que a verdade seja esclarecida, e restou configurada a violação aos artigos 8 e 25 da CADH.

Passado ao artigo 5.1 da Convenção, segue a análise do Direito à Integridade Pessoal. E a Corte considerou que houve violação à integridade psíquica e moral dos familiares, pela presunção *juris tantum*, violando assim o artigo supramencionado.

Das medidas de reparação, tem-se que o Estado deverá investigar os fatos, e punir os responsáveis, reiniciando, inclusive, os processos penais; adotar medidas de não repetição; reconhecer, em ato público sua responsabilidade internacional pelo caso; publicar a sentença na íntegra no diário oficial, resumo da sentença em jornal de grande circulação, e a sentença completa e seu resumo em site oficial. Aplicadas as indenizações materiais, imateriais, as custas e gastos, a Corte condenou o Estado nos termos dos dispositivos narrados ao longo deste subcapítulo.

3. OPINIÃO CRÍTICA: JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH E O ORDENAMENTO BRASILEIRO

3.1 Interceptação Telefônica: o modus operandi e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos

No caso *Escher y Otros vs Brasil*, têm-se a nítida jurisprudência da Corte no que tange a Interceptação Telefônica, sendo certo que a conversa íntima e privada é um direito fundamental previsto tanto pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quanto pela Constituição Federal de 1988, se existe alguma ferramenta estatal que age de maneira a limitar esse direito deve seguir critério sérios, a fim de evitar cair em um abuso de poder, comum do autoritarismo.

Para seguir a análise, há de se observar o entendimento da Corte no sentido de que deve haver um motivo necessário e legítimo para a sociedade, não podendo alegar um perigo em abstrato, ou uma desconfiança sem fundamentação de que há um crime sendo praticado.

Ao analisar a legislação interna, a Corte IDH entende que a Lei de Interceptações, a Lei nº 9.292, de 24 de julho de 1996, em seus critérios se adequa de forma concreta à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, o que se pretende analisar de forma concisa é se na prática há violações a CADH, e a própria legislação interna.

Conforme o caso demonstrou-se, ocorre que muitas vezes a atuação investigativa extrapola os limites da legalidade, seja como uma interceptação mal fundamentada, seja com uma interceptação a princípio legal, mas que extrapolou algum limite imposto pela legislação, seja temporal ou pessoal. Ao analisar os atuais casos da Lava-Jato, pode-se perceber alguns elementos do caso estudado, como o fato de ter sido fornecido a Rede Globo de Televisão trechos de conversas entre os investigados, inclusive um ex-presidente da República, sendo certo de que essas informações deveriam ser sigilosas. Cabe aqui uma crítica de que, o vício

formal afeta os direitos individuais, não somente, comprometem toda a investigação, sendo assim um ataque a dignidade a justiça, gerando prejuízos concretos ao poder público.

Merece destaque nesta crítica, o artigo “Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade” do Professor Doutor Antônio Eduardo Ramires Santoro, no qual o autor traz o conceito de imparcialidade objetiva, ressaltando que essa pode ser perdida em casos que existam fatos que venham a interferir na confiança que são legitimamente depositadas no julgador empossado e competente para o caso. Por conseguinte, o autor sustenta que os argumentos apresentados pelo então Juiz Federal Sérgio Moro para a quebra do sigilo das interceptações, demonstram a perda da imparcialidade objetiva, uma vez que em seu posicionamento demonstra que “vinha acompanhando os diálogos pessoalmente. E mais, não apenas acompanhava como valorava seu conteúdo”, sendo assim, demonstra uma atuação ativista de um magistrado, descumprindo assim os artigos 1, 8 e 10 da Lei 9.296/96, assim como o artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal, e de maneira lógica, violando a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em seu artigo 11.2 de maneira mais precisa.

Dessa forma, há de se observar que não é incomum que os limites legais e constitucionais sejam estendidos pelo judiciário ou pelas autoridades policiais a fim de conseguirem alcançar um objetivo moral pessoal, ou até mesmo de interesse público, como o caso das interceptações da Lava Jato, havia de fato matéria de relevância nacional, contudo, essa prática ser legitimada pelo Judiciário afasta cada vez mais o Brasil do Estado de Democrático de Direito (e da própria Convenção). Uma vez que, apesar de informações pertinentes, tentar transferir a competência de estabelecer os limites do Poder Legislativo ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo seria inconstitucional, uma vez que a Constituição é clara:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;³

Ou seja, o texto constitucional excetua um direito fundamental nos casos que o Legislativo entender que deve, a regulamentar formalmente. Pertinente retomar o Caso *Escher y Otros vs Brasil*, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos define que é necessária lei prévia para limitar um direito humano. As atuações que extrapolam a clássica separação de poderes, gera não só insegurança jurídica, como um desequilíbrio processual concreto, deixa o réu ou investigado em uma posição de extrema vulnerabilidade, e dessa forma, faz-se necessário declarar nulos os atos ilegais, submetendo a um juiz imparcial, a fim de resguardar os direitos individuais, e a própria legalidade.

No caso referido, ocorre não somente a interceptação sem fundamentação, mas também a divulgação do conteúdo da mesma interceptação por motivação política, ainda que qualquer outra motivação não fosse legítima. No caso do ex-presidente mencionado acima, a ilegalidade está adstrita a divulgação por parte do Juiz, e sua consequente explanação no mesmo jornal do caso analisado pela Corte. O contexto político também está nítido nos dois casos, se um havia uma espécie de perseguição política a um grupo específico, no outro havia uma nomeação indicada do ex-presidente a ministro da Casa Civil, que fora inviabilizada após as divulgações das interceptações da investigação da Lava Jato. Frisa-se que o debate não deve ser focado no conteúdo da conversa, ou sua licitude, mas nas posturas atuantes dos órgãos jurisdicionais em clara exacerbação da sua função, em uma clara violação ao princípio da legalidade.

No processo penal, há uma necessária separação do acusador com a pessoa do juiz, isso significa, que há um sistema acusatório, com ampla defesa e contraditório. Ocorre que nos casos ilustrados há uma confusão de competência e atribuições, fazendo com que o juiz investigue ou que o policial defina a necessidade da interceptação sem uma decisão fundamentada do magistrado competente, esse tipo de nulidade afeta todo o processo. Como bem elucida o grande doutrinador, Aury Lopes Jr:

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

O vício no cumprimento de uma das atividades preparatórias, em que não seja reparado na continuação, no curso do processo, acaba contaminando pela ineficácia, passando de um ato a outro, até o ato final, pois um dos requisitos de validade e eficácia do ato final consiste em que ele seja o epílogo de um processo regular.⁴

Isso significa dizer que as violações de garantias fundamentais ao longo ainda das fases preliminares, têm-se que todo o processo será nulo do ato em diante, sendo assim, faz-se necessário que o controle de convencionalidade apure principalmente as fases preliminares, sobretudo, nos momentos processuais que concretamente haja maior desequilíbrio processual entre o réu e a força estatal.

Por fim, a atuação do Estado em que pese proteção de Direitos Humanos deve passar não apenas pelos altos cargos dos três poderes, mas sobretudo, por todos aqueles detentores de poderes decisórios que limitem, ainda que formalmente legal, as garantias individuais de cada caso. Não basta que a lei interna tenha os requisitos e padrões estabelecidos e reconhecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas que haja uma eficaz fiscalização da aplicação da lei. O caso em tela definiu bem o caso de convencionalidade formal, que na praxe vê o princípio da legalidade ser mitigado em favor das arbitrariedades e exacerbação dos poderes públicos, a depender do contexto político criminal que se encontra, é importante manifestar que com esse estudo não se visa legitimar qualquer ato ilícito que seja objeto das interceptações, assim como não tem por objetivo difamar as investigações policiais, tem, tão somente, intuito de demonstrar que as garantias humanas não podem estar a mercê das vontades políticas os agentes legitimados.

3.2 Lei da Anistia e o Controle de Convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os casos Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil e Herzog e Outros vs Brasil, demonstraram que a Lei de Anistia Brasileira encontra-se em desacordo com a

⁴ LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Convenção, levando a Corte sentenciar pelas mudanças legislativas necessárias, a fim de impedir que haja impunidade por parte do Estado por omissão nas investigações.

É certo que muitos estudiosos do Direito Público acreditam que beira o absurdo que uma Corte Internacional venha a ditar as normatizações brasileiras, contudo, o Controle de Convencionalidade exercido pela Corte IDH decorre de um Tratado Internacional, ratificado pelo Brasil, e por força do princípio de direito internacional do *Pacta Sunt Servanda*, o Estado não pode simplesmente descumprir um acordo firmado com diversos outros estados soberanos. Conforme entendimento da Professora Dr^a Junya Barletta: “a partir do momento em que o tratado é ratificado pelo Estado, suas disposições normativas tornam-se obrigatórias, passando a vincular todos os poderes, órgãos e agentes estatais, criando obrigações não apenas executivas, mas também legislativas e judiciais.”. Para a autora, existe um dever do Estado de adequação de todas as esferas do ordenamento interno ao Tratado firmado, sendo assim, necessária essa compatibilização, ou seja, os estados-parte devem analisar sua legislação ordinária a luz do texto convencional, uma vez que ao ratificar a Convenção, o Estado “consente em limitar seu poder soberano em prol do respeito à dignidade humana, que se expressa no reconhecimento de direitos humanos estabelecidos como limites ao exercício do poder estatal” (BARLETTA).

Dessa forma, apesar das discordâncias doutrinárias, existe um instrumento jurídico vigente que obriga o Estado a se adequar a esse, sendo a própria Convenção, que concede legitimidade a Corte a exercer esse Controle de Convencionalidade no que tange julgar os estados, conforme se segue:

Artigo 63.1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

(...)

Artigo 68.1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.⁵

⁵ Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos (‘Pacto São José de Cosa Rica’). 1969

Para bem elucidar a questão, cumpre esclarecer que a Anistia é uma causa de excludente de punibilidade, ou seja, retira o direito de punir do Estado, prevista pelo artigo 107 do Código Penal Brasileiro, em seu inciso II, que diz:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

II - pela anistia, graça ou indulto;⁶

Dessa forma, seria a “lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo seu esquecimento”⁷ (CAPEZ, Fernando), ressalta ainda que não pode uma lei de anistia ser revogada, visto que seria uma lei em prejuízo do Réu, conflitando com o texto constitucional que veda a lei retroatividade da lei penal em malefício do Réu, conforme o artigo 5º, inciso XL:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;⁸

Ressalta ainda, Capez, que a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, posterior a Lei de Anistia, excetua a tortura dos casos de Anistia, contudo, essa lei não terá efeitos sobre os anistiados, em pena de incorrer em violação ao texto constitucional, uma vez que uma lei ordinária, não tem status hierárquico superior para modificar os efeitos nesse caso:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

⁶ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

⁷ CAPEZ, Fernando. Cu BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. rso de direito penal, parte geral. – São Paulo: Saraiva

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

I - anistia, graça e indulto;⁹

Por conseguinte, passada a análise a Lei de Anistia, Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, em seu primeiro artigo define seus efeitos:

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.¹⁰

Por força desta lei, os casos de crimes políticos durante a Ditadura Militar, apesar de terem sido objeto de estudo pela Comissão Nacional da Verdade, não foram investigados judicialmente a fim de que se aplique as penas devidas proporcionalmente às responsabilidades individuais das condutas criminosas.

A referida lei foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, em 29 de abril de 2010, que teve o entendimento pela validade do texto legal, uma vez que foi beneficiário da anistia os dois grupos político, contudo, o Supremo “Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante a uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional” (PIOVESAN).

Conforme o entendimento da Corte IDH nos casos supracitados, e sendo de ampla concordância entre as Corte internacionais protetivas aos Direitos Humanos, as leis de anistia dos períodos de redemocratização e transição, que buscam uma tentativa branda de mudanças no ordenamento, conciliando os interesses, essas leis estão em desacordo com o cenário

⁹ BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências., Brasília, DF.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Brasília, DF.

internacional, sendo certo que os crimes que a mesma concede o perdão, são crime contra a humanidade, que têm status de jus cogens, sendo assim, é uma obrigação grave do Estado investigar e punir esses fatos.

Quando o Estado se exime de responsabilizar seus agentes por crime contra a humanidade, está incorrendo em uma grande falta perante a comunidade internacional, sendo certo que o grau de reprovabilidade das condutas não deixa dúvida de claras ameaças à paz e à dignidade da consciência de humanidade, dessa forma, seria inconveniente esse texto legal. Mas não só a Corte IDH entende assim, diversos outros Tribunais se manifestaram neste sentido, ainda que não tenham ingerência sobre o Brasil, a opinião da comunidade internacional está longe de ser irrelevante.

A autora Flávia Piovesan entende que as leis de anistia são um ilícito internacional, e cabe ao Estado revogá-la, como forma de reparação, considerando ainda que essa lei “perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana”¹¹.

Sendo assim, o Estado deve cumprir a sentença, uma que não é admissível alegar a soberania nacional para afastar a sentença (BARLETTA)¹². Não apenas alterando sua legislação interna, mas mudando a cultura jurídica nacional, a fim de que os agentes estatais dos três poderes, se enxerguem sua atribuição de agir positivamente em favor do controle de convencionalidade. De acordo com o presidente do CNJ, Luís Geraldo Santana Lanfredi, que coordena a Unidade de Monitoramento e Fiscalização das Decisões da Corte IDH, do CNJ, em entrevista ao ConJur, "As decisões ainda estão pendentes de implementação, por falta de

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

¹² BARLETTA, Junya Rodrigues. Prisão Provisória e Direitos Humanos: uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Belo Horizonte. D'Plácido. 2019.

articulação interna"¹³, e afirma ainda a dificuldade de executá-las, tratando-se de medidas difíceis, e que precisam de uma mudança relevante do cenário interno. Encerrando a explanação da temática, merece destaque a conclusão de Flávia Piovesan, no que refere ao direito à verdade:

Um dos desafios centrais da justiça de transição no Brasil é assegurar o direito à verdade em sua dupla dimensão individual e coletiva - o que, em muito, foi contemplado pelo êxito do trabalho da Comissão Nacional da Verdade. Outro desafio será como lidar com a verdade e em que medida a efetivação deste direito demandará a luta pelo direito à justiça e por reformas institucionais, mediante a implementação das relevantes recomendações do relatório conclusivo da Comissão Nacional da Verdade lançado em dezembro de 2014.¹⁴

3.3 Autos de Resistência: o modus operandi e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos

No presente subcapítulo, será analisada a posição da Corte IDH no Caso Favela Nova Brasília vs Brasil, no qual restou observado uma prática da polícia brasileira de, em casos de morte de civil, utilizar o auto de resistência para se eximir das responsabilidades que decorrem a conduta de exceder o limite da força estatal.

Para tal, tem-se que o Auto de Resistência está previsto no Código de Processo Penal, em seu artigo 292, nos termos que se segue:

Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.¹⁵

Sendo assim, é prevista a possibilidade de que a autoridade policial, se resgarde em caso durante sua atuação, tenha de se defender ou exceder a força para vencer a resistência

¹³ CONJUR. Especialistas relatam dificuldade para implementar condenações da Corte IDH. <Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/especialistas-relatam-dificuldade-implantar-condenacoes-corteidh>> Publicado em 26 de maio de 2021, às 10h59. Acesso em 22 de setembro de 2021 às 14h06

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

¹⁵ Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

imposta pelo indivíduo. O que é compatível com o texto do Código de Direito Penal, que prevê a Legítima Defesa, no seu artigo 25, leia-se:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.¹⁶

Ambas as disposições, guardam intrinsecamente em si, a ideia de que é legítimo o uso da força para repelir agressão injusta, o que seria um caso de excludente de ilicitude. Para o Professor Dr. Japiassu, para configurar legítima defesa, devem ser utilizados os meios necessários, repelir agressão injusta, atual ou iminente, de direito próprio ou de outrem. Segue o autor, quando define como requisito subjetivo que haja o “animus deffendendi”, ou seja, deve haver a intenção de defender, e não o dolo de lesionar ou matar o réu.¹⁷

Para além dos institutos já elencados, há ainda a excludente de ilicitude do Estrito Cumprimento do Dever Legal, previsto pelo artigo 23, inciso III, no que se segue:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.¹⁸

Contudo, para o Professor Japiassú, o estrito cumprimento de dever legal se conjuga com a violência policial, e entende ressaltar que a maior parte da doutrina prefere tratar os casos

¹⁶ Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

¹⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁸ Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

de confronto policial com morte e os autos de resistência fora da esteira da excludente de ilicitude aqui demonstrada. Considera que, “a atividade tem de ser legal e a resistência com violência tem de ser injusta, além da necessidade da presença dos demais requisitos da legítima defesa. Será uma excludente dentro da outra”¹⁹.

É de suma importância analisar que para se valer das excludentes de ilicitudes, como ocorre rotineiramente no âmbito policial, é necessária uma série de requisitos, inclusive de cunho subjetivo, o que na prática muitas vezes é suprimido em razão do chamado auto de infração.

Conforme entendimento da Corte, alguns termos comumente utilizados pela polícia, a fim de eximir-se da responsabilidade, devem ser abolidos dos vocábulos institucionais, o que de certa forma é uma medida incisiva da Corte IDH na prática policial, que é de extrema complexidade de averiguação. Seria necessária uma peneira em todas as investigações, de maneira especial, na região do Rio de Janeiro, a fim de averiguar se houve alguma mudança concreta no modus operandi.

Para que concretamente o Estado brasileiro se comprometa com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, faz-se necessária uma mudança de postura mediante as instituições, de maneira focal, as policiais. Os esforços da Corte e da Comissão em analisar um caso concreto nacional, e verificar a inconveniência do mesmo, serão totalmente inutilizados se não houver um mecanismo interno de viabilize a aplicação da sentença, adequando os procedimentos internos ao entendimento jurisprudencial, que conforme decisão a que se retoma, vincula o Brasil, diretamente, em todas as suas esferas.

É certo que, antes da decisão da Corte, sabia-se da comum prática de utilizar o auto de resistência como subterfúgio para as responsabilizações penais, e mesmo com a manifesta

¹⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

inconstitucionalidade não houve uma mudança concreta, ou um marco legislativo que demonstrasse uma séria preocupação com as garantias fundamentais. Sendo assim, mas que apontar as ilegalidades, é necessário que haja de fato um reconhecimento por parte do Estado de que há violações concretas a direitos humanos em seu ordenamento interno, e que o mesmo se comprometa em não mais violar, com medidas concretas e claras, e mecanismos que a médio e longo prazo possibilitem a revisitação da temática, a fim de continuar exercendo o seu controle de convencionalidade.

4. CONCLUSÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é um sistema regional com caráter protetivo, visa resguardar os estados-partes no que tange as suas garantias mais intrínsecas da condição de ser humano em face do monopólio do poder e da força estatal. Atua como um freio ante a autoridade dos estados.

A Convenção Americana sendo ratificada pelo Brasil, trazendo a jurisdição da Corte IDH, reconhecida em seguida, obrigada de maneira concreta o estado perante a Comunidade Internacional a respeitar e responder pelos atos praticados contra os direitos humanos. Por óbvio que isso está longe de erradicar as violações aos direitos humanos que ocorrem no Brasil, contudo, a expectativa de que a impunidade venha a diminuir é louvável.

O corte temático do presente estudo visou ressaltar a jurisprudência da Corte, em casos de violações a direitos humanos, quando há o *ius puniendi* do Estado em questão, tendo em vista que essa força estatal exercida através do chamado Estado de Direito Penal, coloca em xeque de forma concreta o equilíbrio processual, assim como gera uma vulnerabilidade ainda maior quando o ator penal que dita as regras, viola as garantias pessoais dos indivíduos.

Isso significa dizer que, a jurisprudência da Corte, e os direitos humanos como um todo, tende a ser mais duros quando há no polo ativo de violador um agente estatal investido de

autoridade legítima e legal para atuar, excedendo seus limites legais, violando a lei, a Constituição e, por fim, a Convenção.

Contudo, apesar das substanciosas, e ricas, jurisprudenciais da Corte IDH, que merecem sua valorização e respeito, sem uma organização interna - por isso, leia-se vontade política e cultura de direitos humanos - para que se cumpra cada uma das determinações, as leis inconventionais seguirão com seus efeitos, as posturas inadequadas de agentes estatais continuarão com seus respaldos na legislação interna com seus subterfúgios.

É necessário que haja uma nova educação em direitos humanos - sobretudo na jurisprudência da Corte contra o Brasil, que vincula todas as esferas internas do país - a fim de que os paradigmas de que “direitos humanos” pertence a uma classe política finalmente caia por terra, e dê espaço a um estudo sério e coerente dos direitos humanos como um princípio fundamental de cidadania. Dos jusnaturalistas aos mais positivistas, não cabe a dúvida de se os direitos humanos são intrínsecos ou não a todas às pessoas constituídas em dignidade perante a lei.

Assim como não cabe entre Constitucionalistas e Internacionalistas o debate de quem dirá o direito em última análise, o objetivo dos sistemas locais de proteção a direitos humanos é trabalhar cooperativamente, a fim de salvaguardar os direitos dos indivíduos, por força do princípio da cooperação internacional. Os embates entre a soberania nacional e o poder de sentença da Corte não deve ser um impeditivo à política da garantia de direitos fundamentais, sejam positivos ou negativos.

Há ainda quem levante a hipótese do conflito internacional de normas, isto é, entre os Tratados e Convenções a serem aplicados, devendo sempre entender que os sistemas existem para que haja uma cooperação internacional entre eles para salvaguardar os direitos individuais, sendo assim, deve-se sempre analisar as leis e normatizações que sejam mais benéficas aos direitos humanitários, em que pese a matéria, Augusto Cançado Trindade define bem quando diz:

O critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de ‘conflitos’ entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de Direitos interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmo direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer sua proteção.²⁰

No mais, em que tange o Controle de Convencionalidade retomo o conceito do Professor Dr. Siddharta Legale quando afirma que há no Brasil um estado de coisas inconventionais, dessa forma, a importância de mudar a cultura é urgente. Contudo, é necessário que essa mudança de mentalidade ocorra nas Universidades de Direitos, mas sobretudo, nos órgãos jurídicos, legislativos e administrativos. É necessário compreender que a adequação do estado com a Convenção não parte apenas do Judiciário na aplicação, mas sobretudo dos órgãos da administração, os quais devem respeitar as garantias fundamentais em sua atuação cotidiana, e nas casas legislativas, que devem reunir esforços em criar normas que venham a efetivar os direitos constituídos pela Convenção, e revogar as disposições que guardem conflito com a mesma.

As violações a direitos humanos no Brasil são sistêmicas, nos casos relatos é possível perceber agentes estatais vinculados aos três poderes envolvidos nessas violações: 1. arbitrariedade de magistrado ao autorizar interceptação sem fundamento (Poder Judiciário); 2. violência policial (Poder Administrativo); 3. lei de anistia inconventional (Poder Legislativo). Há uma clara cultura de desvalorização das garantias individuais em decorrência da uma exacerbada autonomia das instituições. É certo que a Administração Pública goza de muita autonomia e é regida pelo interesse público, contudo, esse dito interesse, bem jurídico abstrato, não pode ser salvo conduto para violações massivas de direitos humanos.

²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.

Para além das autoridades com maior visibilidade no sistema, em todos os microsistemas da Administração Pública deveria haver uma conscientização dos direitos e garantias dos cidadãos, não raro nas repartições da administração, indivíduos têm seus direitos básicos desrespeitados, como por exemplo, acesso à informação. Por isso, a ênfase na necessidade de se criar um ambiente em que a democracia não seja meramente retórica política, mas que seja a efetivação do Estado Democrático de Direito, no qual, a sobreposição de garantias precisa estar em consonância com os limites legais. O funcionário público precisa estar ciente de que é também responsável por ser salvaguarda da lei, sobretudo, da Constituição e lei supraleais, como o Tratados de Direitos Humanos, em sua atuação prática age esse com força do estado, uma vez que seus atos gozam de fé pública, sendo esses responsáveis também pelo controle convencionalidade.

De forma concreta, os três poderes da república em esforços conjuntos devem atuar em conjunto para que todas as áreas das suas repartições atuem de forma a fomentar uma cultura de direitos humanos, sendo extremamente necessário afastar o debate de uma politicagem que em muito tem atrapalhado o desenvolvimento da ciência jurídica com seriedade devida. Ou seja, urge a necessidade de que se ensine os direitos humanos como uma garantia inerente à condição de ser humanos, como uma forma de limitar a ingerência do Estado nas vidas privadas, e afastar as falaciosas teses que são militância política em favor de grupos políticos que visariam a favorecer atividades ilícitas ou antidemocráticas.

As fragilidades dos debates políticos do Brasil, beiram ao absurdo, porque se relativiza de maneira equivocada, toda a luta por garantias em face de um debate mal construído de um dualismo entre uma direita e esquerda, que muito mais que ideias concretas de estado, estimulam debates acerca de ideologia mal fundamentadas, e reproduções inverdades ou fatos jurídicos que carecem de um debate mais maduro. Esse debate mal feito no plano interno impacta diretamente a viabilidade das políticas públicas de direitos humanos, isso porque quem, na maioria das vezes, na prática, agirá em favor ou desfavor das garantias será um servidor estatal, e quando o imaginário social se contamina por discursos tortuosos acerca de temas caros, pode gerar consequências maiores do que o esperada. Ocorre que tais condutas não podem e não devem ter espaço em uma República Democrática, sobretudo, com o histórico autoritário que o Brasil tem. Não precisa buscar distante da história nacional para recordar das

inúmeras intervenções forçosas que violaram um número extenso de garantias desde a proclamação da república.

Ao longo da sua história, o Brasil teve diversos momentos de auto afirmação soberana, em que se supervalorizou o nacionalismo, o que poderia ser meritório, se não guardasse íntima relação com rupturas democráticas. Por fim, não resta dúvidas de que a proteção aos direitos humanos deve se sobrepor às alegações de direito interno e soberania, sobretudo quando há matéria de direito penal e processo penal, que tem intrinsecamente um desequilíbrio processual entre o *ius puniendi* do Estado e o direito ao devido processo legal do Réu, entre os diversos outros princípios.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARLETTA, Junya Rodrigues. *Prisão Provisória e Direitos Humanos: uma análise baseada nos parâmetros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte. D'Plácido. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Saraiva Jur. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral*. – São Paulo: Saraiva

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, 2009.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*, 2017.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, 2010.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Herzog e Outros vs. Brasil*, 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: *Caso Nogueira de Carvalho e Outros vs. Brasil*, 2009.

CONJUR. Especialistas relatam dificuldade para implementar condenações da Corte IDH. <Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mai-26/especialistas-relatam-dificuldade-implementar-condenacoes-corteidh>> Publicado em 26 de maio de 2021, às 10h59. Acesso em 22 de setembro de 2021 às 14h06

DAVIS, Angela. *Are the prison obsolete?* 1ª ed. Difel. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal* / Luigi Ferrajoli. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional*. Ed. 1ª. 2019. Lumen Juris.

LOPES Jr., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 13. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

Ministério Público Federal. Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH. <Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>> Acesso em: 01/11/2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 9ª edição. São Paulo: Saraiva. 2015.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. IN: PRONER, Carol. Comentários a uma sentença anunciada: o Processo Lula / Carol Proner et al. (org.) – Bauru: Canal 6, 2017.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

STF. Supremo Tribunal Federal. Voto do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP, 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos.