

A APLICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NO JULGAMENTO DO TERRORISMO DE ESTADO NA ARGENTINA

Pablo F. Parenti

Coordenador da Unidade Fiscal de Coordenação e Seguimento de Causas por Violações de Direitos Humanos, Ministério Público Federal (Argentina)

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho serão descritos os principais aspectos que mostram a jurisprudência argentina no julgamento dos múltiplos e graves delitos cometidos no marco do terrorismo de Estado.

Uma das características particulares dessa jurisprudência é a crescente aplicação de normas do Direito Internacional Público (Direito Penal Internacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos). Isso aconteceu fundamentalmente nos processos penais pelos fatos cometidos pela última ditadura (1976-1983); contudo, o universo de casos em que foi dada relevância a normas internacionais também compreende fatos cometidos por outros governos ditatoriais da região (no marco do chamado “Plano Condor”), processos de extradição e, ultimamente, delitos cometidos pela organização denominada “Tripla A”, que agiu na Argentina, com recursos estatais e ao amparo de autoridades do governo, anteriormente ao golpe militar de 24 de março de 1976.

Os temas principais nos quais o DPI e o DIDH tiveram relevância são a imprescritibilidade, os limites às anistias e indultos, a proscrição dos tribunais militares e o direito à verdade.

2. APLICAÇÃO DE NORMAS DO DPI PELOS TRIBUNAIS ARGENTINOS. A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Um capítulo em destaque da jurisprudência argentina se refere ao modo em que os tribunais vêm aplicando as normas do DPI e do DIDH, tanto em casos de extradição como em processos de atribuição de responsabilidade penal. Em todos esses casos, o problema concreto que enfrentavam era se a ação penal se encontrava ou não prescrita. O recurso às normas internacionais permitiu afirmar a vigência da ação penal quando uma solução baseada exclusivamente em normas de Direito nacional conduzia à prescrição. Esse modo de resolver ocasiona complexos debates que envolvem questões de índole diversa, entre elas: (a) a recepção do Direito Internacional na ordem jurídica argentina e (b) o valor dessas normas internacionais frente à ordem constitucional – em particular, frente ao princípio de legalidade.

Neste relatório, tentaremos refletir sobre os principais argumentos utilizados pela jurisprudência nacional para fundar ou rebater a aplicação de cada uma das normas internacionais em jogo. Esses argumentos se referem principalmente à possível aplicação, a efeitos da declaração de imprescritibilidade, do costume internacional e da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade.

2.1. O COSTUME INTERNACIONAL COMO FUNDAMENTO PARA A IMPRESCRITIBILIDADE

A discussão sobre a viabilidade de fundar a imprescritibilidade no costume internacional se iniciou na Argentina a partir do voto do juiz Leopoldo Schiffrin no processo de extradição de Schwammberger, em 1989¹. Anteriormente, em 1995, foi a própria CSJN que baseou no costume internacional sua decisão de extraditar Erich Priebke para a República da Itália². A partir de 1998, a doutrina originada desses precedentes começou a ser usada por juizes argentinos nos casos estritamente penais. Essa linha jurisprudencial foi se abrindo de forma crescente até sua ratificação por parte da CSJN nos casos *Arancibia Clavel* (2004)³ e *Simón* (2005)⁴.

1 Sentença da Câmara Federal de La Plata de 30.8.1989.

2 Sentença da CSJN de 2.11.1995. As sentenças da CSJN se encontram disponíveis no site <<http://www.csjn.gov.ar>>.

3 Sentença da CSJN de 24.8.2004.

4 Sentença da CSJN de 14.6.2005.

É importante lembrar que, na República Argentina, a regra da imprescritibilidade dos crimes de Direito Internacional foi recolhida em um enunciado normativo escrito, a partir da entrada em vigor para a República Argentina, da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade⁵. Anteriormente, só podia ser afirmada a vigência dessa norma sobre a base do Direito Internacional Consuetudinário. O dado é relevante se for levado em conta que os fatos que são objeto de julgamento atualmente na Argentina e, com relação aos quais está sendo sustentada sua imprescritibilidade, são os delitos cometidos no marco da repressão ilegal ocorrida durante a década de 1970 e início da década seguinte.

Por outro lado, cabe pontuar que a legislação penal argentina até janeiro de 2007, quando entrou em vigor a lei de implementação do ECPI⁶, não contava com formas penais que coincidissem literalmente com as descrições típicas da maior parte das figuras do DPI. Isso não implica que as condutas foram atípicas, sendo que existiam formas penais que as proibiam ainda quando os elementos típicos eram somente parcialmente coincidentes com os das figuras internacionais. A inexistência de formas penais que especificamente descrevam as condutas que fazem referência à regra da imprescritibilidade tem gerado diversos debates sobre a pertinência da aplicação da referida regra no âmbito nacional.

O procedimento de aplicação do costume por parte dos tribunais argentinos pode ser descrito, de modo geral, como um procedimento de *dupla inclusão* dos fatos. De fato, as condutas que dão base à imputação classificam-se, por um lado, em uma ou mais formas penais da legislação e, por outro, se qualificam de acordo com a tipologia própria do DPI – em particular, os crimes contra a humanidade –, subordinada da qual se deriva a aplicação no caso da regra da imprescritibilidade.

A seguir, serão expostos os principais argumentos sustentados pela jurisprudência nacional para estabelecer ou rejeitar a aplicação da regra da imprescritibilidade de base consuetudinária.

2.1.1. Recepção das normas consuetudinárias do DPI na disposição jurídica argentina

Existem duas linhas de argumentos principais na jurisprudência argentina para sustentar a aplicação prioritária das normas consuetudinárias do DPI. Uma se baseia na interpretação ampla do art. 118 da CN, norma que é inserida no capítulo relativo às “Atribuições do Poder Judicial” e que dispõe:

⁵ A Convenção foi aprovada pela lei 24.584, promulgada em 1.9.1995; em 8.8.2003, foi emitido o decreto de adesão (decreto 579/2003) e, no dia 23 desse mês, foi depositado o correspondente instrumento. Como será explicado em seguida, a Convenção obteve hierarquia constitucional mediante a Lei 25.778, aprovada em 20.8.2003 com fundamento no art. 75, inc. 22, da CN.

⁶ Lei 26.200, sancionada em 13.12.2006 e publicada em 9.1.2007.

Todos os processos criminais ordinários, que não são derivados do despacho de acusação concedido na Câmara de Deputados, serão finalizados por jurados, assim que essa instituição for estabelecida na República. A atuação desses julgamentos serão realizados no mesmo Estado onde o delito teria sido cometido; mas quando este for cometido fora dos limites da Nação, contra o direito das gentes, o Congresso determinará por uma lei especial o lugar em que deverá seguir o julgamento⁷.

A norma transcrita consagra o princípio *forum delicti commissi*, ao dispor que os processos criminais sejam realizados no mesmo Estado⁸ onde o delito foi cometido. Na sua última parte, reconhece a jurisdição do Poder Judicial da Nação para julgar delitos “contra os Direitos Humanos” ainda quando esses são cometidos fora do território nacional. Com o objetivo de regulamentar essa jurisdição extraterritorial, a Constituição Nacional deixa nas mãos do Congresso (legislatura nacional) a promulgação de uma lei especial que determine o lugar onde será realizado o julgamento.

Além desse conteúdo incontestável, certa jurisprudência compreendeu que a disposição mencionada expressa um compromisso do Estado argentino com a persecução dos crimes definidos pelo Direito Internacional Público e, mais ainda, uma abertura constitucional para as regras próprias do Direito Internacional nesse assunto. Desse modo, a CN receberia no âmbito constitucional as normas do DPI.

Uma segunda linha de argumentação enfatiza a existência de uma ordem pública internacional em cujo ápice se encontram as normas imperativas (*ius cogens*). Essa ordem pública internacional não só conformaria um Direito com validade universal, como também, além disso, deveria ser aplicada no âmbito nacional de modo privilegiado. Essa interpretação parte já de uma concepção do ordenamento jurídico que coloca como prioridade o Direito Internacional, pelo menos um Direito Internacional “inderrogável” por vontade do Estado⁹.

Ambas as linhas de argumentação frequentemente aparecem expostas de maneira conjunta, de tal modo que a interpretação constitucional que se propõe, em especial, do art. 118 CN, se vê fortalecida pela ideia, assumida pelo intérprete, de que existe uma ordem internacional que prevalece *também* no âmbito interno.

7 Este artigo aparece na CN desde sua sanção no ano 1853 (até a reforma constitucional de 1994 aparecia como art. 102).

8 A República Argentina é uma Confederação de Estados.

9 Este posicionamento parece ser o sustentado, entre outros, pelo juiz Maqueda, quando afirma com relação ao *ius cogens*: “Trata-se da mais alta fonte do Direito Internacional que se impõe aos Estados e que proíbe a comissão de crimes contra a humanidade, inclusive em épocas de guerra. Não é susceptível de ser derogada por tratados em contrário e deve ser aplicada por tribunais internos dos países independentemente da sua eventual aceitação expressa” (consid. 45 do seu voto na sentença *Simón*, o destacado se agrega).

Como já foi mencionado, essa postura da jurisprudência argentina reconhece suas origens no voto de Leopoldo Schiffrin no processo de extradição de Schwammberger. Nesse caso, o juiz analisou se a modificação *ex post facto* de leis sobre prescrição por parte da Alemanha (país requerente) era compatível ou não com a ordem pública argentina, em particular com o princípio de legalidade em matéria penal. Schiffrin entendeu que, embora a ordem pública impedisse outorgar valor às leis *ex post facto* em matéria de prescrição (por afetar a proibição de retroatividade), não era dessa forma no caso das leis alemãs em questão, já que estas só tinham significado com uma *medida de adequação do Direito estatal alemão à ordem pública internacional*, isto é, à mesma ordem pública internacional à qual se encontrava submetida a República Argentina, cuja CN assim a reconhecia no seu artigo 118 (art. 102 para a época da sentença).

Um tempo depois foi a CSJN que utilizou o art. 118 da CN para sustentar a vigência da ação no pedido de extradição de Erich Priebke por parte da Itália. O valor desse precedente para a jurisprudência argentina radica não somente o que emana do mais alto tribunal do país, mas, nesse caso a pergunta que deveria ser respondida era se os fatos imputados a Priebke estavam ou não prescritos no *ordenamento interno argentino*¹⁰. Uma solução do caso baseada exclusivamente na aplicação do Código Penal ou do Código de Justiça Militar conduzia à prescrição da ação, dado que as figuras penais aplicáveis estavam associadas a regras de prescrição com prazos já vencidos. A maioria da CSJN, porém, analisou o problema da prescrição sobre a base do Direito Internacional Consuetudinário (citando para isso o art. 118 de CN) e concluiu que os fatos eram imprescritíveis.

A jurisprudência que, a partir do ano 1998, traduziu a doutrina de Schiffrin em *Schwammeberger* e da maioria da CSJN em *Priebke* a casos de julgamento de condutas também utilizou o art. 118. da CN como fundamento normativo para a aplicação das normas de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Em geral, essa jurisprudência interpretou que a recepção constitucional do DPI impõe a aplicação no âmbito interno daquelas normas com validade universal, isto é, o costume geral e, especialmente, as normas *ius cogens*. Nessa medida, a própria CN consagraria uma exceção nesse âmbito à vigência do princípio de legalidade estabelecido no art. 18 da CN, que exige, segundo se tem interpretado tradicionalmente, *lex praevia, scripta, certa e stricta*.

2.1.2. O uso do costume internacional e o princípio de legalidade.

Embora a CSJN tradicionalmente tenha considerado que não existe um direito constitucional à prescrição, tem sustentado desde a sentença *Mirás* (1973) que as normas sobre prescrição foram obtidas pelo princípio de legalidade consagrado no art. 18 da CN e, portanto, submetidas

¹⁰ Em *Schwammberger*, esse problema não se apresentava e a pergunta era pela admissibilidade de normas estrangeiras ditadas *ex post facto*.

aos requisitos que esse princípio impõe (*lex praevia, scripta, certa, stricta*). O emprego do costume internacional para fundar a imprescritibilidade da ação penal com relação aos delitos que, segundo o Código Penal, têm previsto prazos de prescrição gera um debate sobre se isso é compatível com o princípio de legalidade constitucional¹¹.

Dessa forma, o emprego da categoria (consuetudinária) dos “crimes contra a humanidade” como um pressuposto de aplicação da norma (consuetudinária) que consagra a imprescritibilidade circunscreve o debate sobre o alcance do princípio de legalidade a uma questão da chamada “parte geral” do Direito Penal: a prescrição

A jurisprudência atualmente dominante afirma que a forma consuetudinária que estabelece a imprescritibilidade já estava vigente no momento de comissão dos fatos com relação aos quais tal regra é aplicada. Desse modo, o requisito de uma *norma prévia* estaria resolvido. O art. 18 da CN, porém, exige também que a legislação penal conste em enunciados normativos escritos (*lex scripta*) criados por “lei” do Congresso da Nação (princípio de reserva de lei). O descumprimento desses aspectos do princípio de legalidade é a objeção mais corrente contra o uso do costume internacional nesse âmbito¹².

Como já foi mencionado, a maior parte da jurisprudência entende que o art. 118 da CN admite, no âmbito constitucional, as

normas consuetudinárias referentes aos delitos contra os direitos humanos, entre elas a que consagra a imprescritibilidade. Essa recepção constitucional implicaria um aval para o uso de uma fonte que não pode cumprir todas as exigências que o art. 18 da CN estabelece para a legislação penal.

Embora em algumas sentenças tenha sido afirmado que o art. 18 CN é diretamente *inaplicável* no momento de julgar delitos contra os direitos humanos¹³, em geral, a jurisprudência tem se conformado em admitir certas exceções ao princípio de legalidade constitucional que se justificam nas características próprias do Direito Internacional. Em particular, isso tem ocorrido

¹¹ Uma outra questão, que logo será tratada, é se a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade pode ser aplicada quando as condutas são classificadas em tipos penais comuns (homicídio, privação da liberdade, tormentos etc.).

¹² Em geral, não se tem questionado a afirmação anterior: que a imprescritibilidade fora efetivamente uma norma consuetudinária já vigente na década de 1970.

¹³ Assim, por exemplo, tem sustentado a Sala II da Câmara Federal da Capital Federal, em 4 de maio de 2000, no caso “Astiz, Alfredo s/nulidade” (reg. 17491).

com o caráter não escrito da norma consuetudinária e com a falta de uma lei no sentido formal ditada pelo parlamento. Essa posição foi sustentada entre outros pelo Procurador Geral da Nação ao dar um parecer perante a CSJN no caso *Simón*:

[...] com relação à exigência de lei formal, considero evidente que o fundamento político (democrático-representativo) que explica essa limitação no âmbito nacional não pode ser transferido ao âmbito do Direito Internacional, que se caracteriza, precisamente, pela ausência de um órgão legislativo centralizado, e reserva o processo criador de normas à atividade dos Estados. Isso, sem prejuízo de destacar que, no que corresponde ao requisito de norma jurídica escrita, este se encontra assegurado pelo conjunto de resoluções, declarações e instrumentos convencionais que conformam o corpus do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que deram origem à norma de ius cogens relativa à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade¹⁴.

Outro traço que caracteriza a jurisprudência majoritária é que, em geral, tem se encarregado de remarcar a existência de tipos penais que já proibiam as condutas objeto de julgamento. Dessa maneira, se destaca que o princípio de legalidade do art. 18 da CN está presumido em seus âmbitos mais sensíveis: a *tipicidade* e a *pena*. O debate em torno do *nullum crimen* se apresenta, então, como uma questão somente vinculada à parte *geral* do Direito Penal (a prescrição).

De fato, para qualificar as condutas e determinar a pena aplicável, as condutas sob julgamento são incluídas nas figuras da legislação penal vigente no momento dos fatos. Logo, ao analisar o problema da vigência da ação penal, se considera que existe uma regra de Direito Internacional que dispõe a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Nessa análise, é realizada uma segunda subsunção das condutas com o intuito de verificar se podem ser qualificadas como crimes contra a humanidade de acordo com o Direito Internacional Consuetudinário. A consequência dessa constatação é a aplicação da regra da imprescritibilidade.

Em síntese, segundo esse raciocínio, os tipos penais da legislação nacional contêm a definição da conduta delitiva merecedora da pena prevista, enquanto que a subsunção dos fatos em uma figura do DPI é o pressuposto para a aplicação da regra da imprescritibilidade. Nessa linha de fundamentação, as figuras do DPI não cumprem um papel relevante na análise da tipicidade da conduta, mas sim no momento de analisar a vigência da ação penal¹⁵.

¹⁴ Essa última afirmação parece fazer referência ao requisito de que o costume esteja refletido em algum texto escrito para segurar a taxatividade, tal como explica Alicia Gil Gil (cf. Alicia Gil Gil: *Direito Penal Internacional*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 88 e ss.). Deve-se dizer, de todos os modos, que a fonte aplicável (ainda com esse requisito) é o costume e não o texto escrito no qual esta fica refletida.

¹⁵ Assim, as figuras do DPI que habilitam a aplicar a imprescritibilidade funcionariam como uma categoria similar a outras categorias (não referidas à tipicidade) como a de "graves violações dos direitos humanos" no sistema interamericano.

Dessa forma, o emprego da categoria (consuetudinária) dos “crimes contra a humanidade” como um pressuposto de aplicação da norma (consuetudinária) que consagra a imprescritibilidade circunscreve o debate sobre o alcance do princípio de legalidade a uma questão da chamada “parte geral” do Direito Penal: a prescrição. Como exemplo dessa ideia pode-se citar a postura do Procurador Geral da Nação no caso *Simón*:

Com relação a sua condição de lesa-humanidade e sua consequência direta, a imprescritibilidade, não se pode evitar que o princípio de legalidade material não projete suas consequências com a mesma intensidade sobre todos os campos do Direito Penal, mas que esta é relativa às particularidades do objeto que deve ser regularizado. Em particular, no que corresponde ao mandato de elementos gerais do delito, não é necessário alcançar o padrão de precisão que é condição de validade para a formulação dos tipos delitivos da parte especial (cf. Jakobs, Direito Penal, Madri, 1995, ps. 89 y ss.; Roxin, Direito Penal, Madri, 1997, ps. 363 y ss.) E, nesse sentido, não advirto nem na qualificação da desapareição forçada como crime contra a humanidade, nem na postulação de que esses ilícitos são imprescritíveis, um grau de precisão menor que o que habitualmente é exigido para a normas da parte geral; especialmente no que diz respeito a esta última característica, que não faz mais que expressar que não há um limite temporário para a persecução penal.

2.2. APLICAÇÃO RETROATIVA DA CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE

As primeiras decisões judiciais que aplicaram a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foram baseadas, como foi descrito, no argumento de que tal regra estava consagrada no costume internacional. No entanto, logo após a ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade e de que o Congresso lhe outorgasse hierarquia constitucional, em agosto de 2003¹⁶, a jurisprudência argentina começou a aplicar também a referida Convenção. Seu emprego com relação às condutas cometidas com anterioridade à sua ratificação gera um debate em relação à sua retroatividade.

¹⁶ A Convenção foi ratificada em 23.8.2003, dias depois de ditado o decreto presidencial que assim o dispôs. Entretanto, em 20.8.2003, o Congresso ditou a lei 25.778, que lhe outorgou hierarquia constitucional nos termos do art. 75, inc., 22 da CN. Segundo a CN, os tratados internacionais, por normas, se encontram em um nível inferior à Constituição Nacional (art. 27) e superior às leis (art. 75, inc. 22, da CN). Por sua vez, possuem “hierarquia constitucional” os tratados e instrumentos internacionais mencionados expressamente no art. 75 inc. 22, da CN. Finalmente, essa norma prevê a possibilidade de que o Congresso outorgue hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos mediante sua aprovação por uma maioria de suas terceiras partes dos votos de cada uma das duas Câmaras (Deputados e Senadores).



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

O principal argumento sustentado pelos juízes que defendem a aplicação da Convenção para fatos anteriores à sua retificação também se apoia na vigência prévia da imprescritibilidade no Direito Internacional Consuetudinário. Especificamente, o costume internacional aparece mencionado para negar que a Convenção seja uma norma *materialmente* retroativa. A retroatividade da Convenção seria só *formal* (enquanto sua forma escrita), dado que a *norma* que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade já teria estado vigente antes como normas consagradas no costume internacional.



Essa postura pode ser vista claramente nos votos de Zaffaroni e de Highton de Nolasco nas sentenças *Arancibia Clavel e Simón*¹⁷. Assim, no voto de Zaffaroni em *Simon*, pode ler-se:

*Esta Convenção [...] não faz imprescritíveis crimes que antes eram prescritíveis, mas se limita a codificar como tratado o que antes era ius cogens em função do Direito Internacional Público Consuetudinário, sendo matéria pacífica que, nesse ramo jurídico, o costume internacional é uma das suas fontes*¹⁸.

Com a mesma lógica, no caso *Lariz Iriondo*, a falta de verificação de um costume internacional anterior aos fatos tem sido alegada como um impedimento para aplicar retroativamente convenções posteriores¹⁹.

Além do argumento baseado na existência prévia de uma norma consuetudinária que já estabelecia a imprescritibilidade, alguns juízes têm destacado que a concessão de hierarquia constitucional à Convenção dissipa qualquer possível conflito com normas fundamentais, dado que sua compatibilidade com a CN já teria sido analisada pela constituinte no momento de lhe outorgar hierarquia constitucional²⁰.

2.3. A CADH COMO FUNDAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE

A relevância da CADH em matéria de prescrição tem se tornado evidente a partir do caso *Barrios Altos* (2001), no qual a Corte Interamericana afirmou que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos.

17 Cabe lembrar que Zaffaroni e Highton também sustentaram em *Arancibia Clavel* que as razões que fundam a prescrição não são aplicáveis com relação a esses tipos de crimes (considerandos 19 e ss.).

18 Considerando 27.

19 Cabe destacar no sentido sustentado pelos juízes Zaffaroni e Maqueda no caso *Lariz Iriondo* (CSJN, 10.5.2005). Ali, a CSJN devia revisar a decisão de um juiz que havia rejeitado a extradição à Espanha por entender que o fato estava prescrito. Sobre a possibilidade de catalogar como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis, os atos de terrorismo atribuídos a Lariz Iriondo, os juízes mencionados consideraram que o conceito de terrorismo tem sido sumamente difuso e amplamente discutido e que, diferentemente dos crimes contra a humanidade, não podia afirmar que o terrorismo foi um crime definido pelo Direito Internacional Consuetudinário antes de ser inserido em convenções internacionais. Acrescentam que: “esta Corte considera imprescritível os delitos de lesa-humanidade cometidos antes da ratificação das convenções respectivas, quando o Direito Internacional Consuetudinário os considera tais, também antes das convenções, mas não pode adotar igual critério com relação àqueles que antes das convenções respectivas não eram reconhecidos nessa categoria, nem com essas consequências em matéria de imprescritibilidade pelo Direito Internacional Consuetudinário; pois, nesse último suposto, estaria fazendo aplicação retroativa da convenção” (cf. considerando 30, sem destacar no original).

20 Essa posição é sustentada especialmente pelo juiz Boggiano nas sentenças *Arancibia Clavel e Simón*.

No entanto, com relação ao julgamento dos crimes cometidos no marco do terrorismo de Estado, a jurisprudência argentina não tem se apoiado demasiadamente na CADH e na jurisprudência da Corte Interamericana.

Embora vários juízes mencionem, entre os fundamentos das suas sentenças, a obrigação de investigar e sancionar que deriva da CADH e os limites à prescrição em caso de graves violações aos direitos humanos, é claro que os argumentos centrais dessas decisões são baseados na aplicação da regra da imprescritibilidade própria do Direito Penal Internacional, do modo em que foi exposto nos dois capítulos anteriores.

3. ANISTIAS E INDULTOS

Outro capítulo relevante na história da persecução penal dos fatos cometidos pela ditadura militar se refere às sucessivas normas de impunidade que foram ditando-se e ao modo em que os obstáculos normativos para o avanço dos processos que essas normas impuseram foram se superando. Como se tentará refletir a seguir, a relevância do Direito Internacional na discussão da validade dessas normas só aparece nitidamente na jurisprudência nacional dos últimos anos.

3.1. A “LEI DE AUTOANISTIA”

Primeiramente, deve-se mencionar a “autoanistia” ditada pelo regime militar pouco tempo antes de seu término. Tal como ocorreu em outros países da região, o sistema de repressão se apoiou principalmente na atuação clandestina do Estado. No marco dessa atuação clandestina, os agentes estatais envolvidos realizaram múltiplos fatos com relevância penal. Cabe lembrar que a ditadura não ditou uma legislação que pretendeu eliminar o caráter delitivo dessas condutas, o que, talvez, teria sido contraditório com a clandestinidade própria do sistema repressivo. Para o governo ditatorial, existia, então, o risco de que fossem perseguidos penalmente esses fatos após a presunção do governo *de iure*. Isso levou o governo militar a ditar a “Lei de Pacificação Nacional”, denominada comumente como “Lei de autoanistia”, mediante a qual foram declaradas extinguidas “as ações penais emergentes dos delitos cometidos com motivação ou finalidade terrorista ou subversiva, desde 25 de maio de 1973 até 17 de junho de 1982” e “todos os fatos de natureza penal realizados na ocasião ou com motivo do desenvolvimento de ações dirigidas a prevenir, conjurar ou por fim às referidas atividades terroristas ou subversivas, qualquer tivesse sido sua natureza ou o bem jurídico lesionado”²¹.

21 Cf.a “lei” *de facto* 22.924 (BO: 27.9.1983).

Essa norma, no entanto, não foi uma grande escolha para o avanço dos processos, dado que foi rapidamente invalidada. Alguns juízes declararam sua inconstitucionalidade dias antes da posse das autoridades eleitas. Por sua vez, o novo governo impulsionou um novo projeto de lei para anular a “autoanistia”. Assim foi que o Congresso sancionou, em 22 de dezembro de 1983, a lei 23.040, que revogou por inconstitucionalidade e declarou irremediavelmente nula a lei de fato 22.924²². Essa decisão legislativa foi convalidada posteriormente pelo Poder Judicial. Os argumentos jurídicos para sustentar a validade da lei 23.040 e a invalidade da “autoanistia” não se apoiaram em normas de Direito Internacional, mas se centraram basicamente em seu caráter de norma *de facto*, em que era fruto do abuso de poder.

3.2. AS LEIS DE “PONTO FINAL” E DE “OBEDIÊNCIA DEVIDA”

A partir da anulação da “lei de autoanistia”, se produziu certo avanço na investigação penal dos fatos²³ e chegaram a se impor algumas condenações. O processo penal mais importante foi o julgamento dos integrantes das três primeiras juntas militares (conhecido também como “julgamento dos comandantes”). Após a sentença proferida nesse julgamento²⁴, o governo implementou várias medidas para limitar o avanço dos processos, entre as quais se destacam as leis de “ponto final” e de “obediência devida”.

Mediante a *lei de “ponto final”*, se dispôs a extinção da ação penal para os delitos cometidos pelo pessoal das Forças Armadas e de segurança, entre 24 de março de 1976 e 26 de setembro de 1983, “nas operações realizadas com o motivo alegado de reprimir o terrorismo”²⁵. Como condição para gozar do benefício consagrado nessa lei, era solicitado que a pessoa não fosse fugitiva, declarada em rebeldia ou que não se ordenasse sua citação a prestar declaração de inquérito antes dos sessenta dias corridos a partir da data de promulgação da lei. A estratégia do governo foi em parte frustrada porque dentro do prazo referido se produziram numerosas citações para prestar declaração de inquérito. Meses depois, e após um levantamento militar, o Poder Executivo remeteu ao Congresso o projeto da *lei de “obediência devida”*, que foi sancionado em 4 de junho de 1987²⁶. Essa lei dispôs, sem admitir comprovação contrária, a presunção de que o pessoal das Forças Armadas e de segurança até certo grau hierárquico tinha agido

22 A lei 23.040 (BO: 29.12.1983).

23 Ainda com as limitações impostas pela atribuição de competência à jurisdição militar (cf. o decreto 158/83 e a lei 23.049).

24 A sentença foi ditada pela Câmara Federal no Criminal e Correccional Federal da Capital Federal, em 9 de dezembro de 1985, na “Causa originariamente instruída pelo Congresso supremo das Forças Armadas em cumprimento do decreto 158/83 do P.E.N.”. Foi confirmada pela CSJN como a única condição de que certos fatos se consideraram prescritos.

25 Cf. lei 23.492 (BO: 29.12.1986).

26 Cf. lei 23.521 (BO: 9.6.1987).

em virtude de obediência devida, razão pela qual não eram “puníveis”. A lei acrescentava que “será considerado de pleno direito que as pessoas mencionadas trabalharam em estado de coerção sob subordinação à autoridade superior e em cumprimento de ordens, sem capacidade ou possibilidade de inspeção, oposição ou resistência a estes com relação a sua oportunidade e legitimidade”²⁷.

A lei de obediência devida foi convalidada poucos dias depois pela Corte Suprema de Justiça da Nação, ao revisar a pena proferida pela Câmara Federal contra alguns militares e policiais²⁸. A maioria da Corte entendeu que o ditado dessa norma estava dentro das faculdades próprias do Poder Legislativo. Resultam ilustrativas do modo em que a questão foi analisada as palavras do juiz Petracchi, que declarou em seu voto:

*[...] é preciso advertir que a lei não pode ser interpretada sem considerar a particular conjuntura política que a motiva, nem com indiferença dos efeitos que poderia desencadear sua invalidação por este tribunal [...] Não obstante as graves deficiências de que padece a norma em estudo, esta Corte não pode desconhecer que, além da letra da lei, existe uma clara decisão política do legislador, cujo acerto ou erro não cabe ao Poder Judicial avaliar*²⁹.

Se forem analisados os argumentos expostos nessa sentença e em outras posteriores, se adverte que os questionamentos à lei de obediência devida (a) são baseados predominantemente em normas de Direito nacional e (b) não atacam frontalmente o poder de ditar normas que consagrem a impunidade de certa classe de fatos, mas sim se baseiam em outras características da lei que a tornariam inválida: a falta de generalidade que se requereria para ser considerada uma anistia; a usurpação de funções judiciais por parte do Poder Legislativo ao ditar uma norma que materialmente é uma sentença toda vez que fixa os fatos (que se cumpriram ordens superiores; a não possibilidade de inspeção do seu conteúdo antijurídico, que existiu coerção etc.) e a resolução sobre a relevância jurídica das circunstâncias factuais mencionadas (as condutas “não são puníveis”)³⁰.

27 A lei de ponto final não abrangia os delitos de subtração de menores e substituição da identidade e a lei de obediência devida deixava fora do seu alcance os delitos de violação, subtração e ocultação de menores, substituição do seu estado civil e apropriação extorsiva de imóveis; assim como deixava fora do seu alcance todos os delitos cometidos por quem tinha cargos superiores às posições definidas pela lei ou por quem tivesse tido capacidade decisória ou tivesse intervindo na elaboração das ordens (extremo que devia verificar-se antes dos 30 dias de promulgada a lei).

28 Sentença do 22.6.1987 na “Causa arquivada em virtude do decreto 280/84 do Poder Executivo Nacional”.

29 Cf. Considerando 34.

30 Como tem observado o jurista argentino Marcelo Sancianetti, a lei de “obediência devida” como sentença era, além disso, incorreta, já que considerava “não puníveis” as condutas que de nenhum modo podiam ficar isentas de pena por obediência devida, dado que as ações ordenadas eram notoriamente ilegítimas (ver *infra*, ponto 4).

3.3. INDULTOS

O alcance da política de impunidade motivada pelo governo do presidente Alfonsín teve direta relação com sua ideia de que deviam se diferenciar *três níveis de responsabilidade*: em primeiro lugar, os que elaboraram e deram as ordens; em segundo lugar, os que as cumpriram e, finalmente, os que as excederam ao realizar as condutas não abrangidas pelo plano de repressão. Isso se incorporou à lei de obediência devida, cujo efeito foi eximir de responsabilidade penal o grupo majoritário que havia agido conforme as pautas repressivas fixadas pela junta militar, isto é, os que tinham agido cumprindo ordens superiores³¹. Ficavam fora do seu alcance os que tinham elaborado ou ditado as ordens e os que tinham cometido condutas que excediam o marco dessas diretivas. O passo seguinte foi dado pelo presidente Carlos Menem, por meio de uma sucessão de decretos de indulto que beneficiou o pessoal de alta graduação que tinha ficado excluído dos benefícios das leis anteriormente mencionadas.

O primeiro decreto de indulto foi ditado em 6 de outubro de 1989 e beneficiou mais de cinquenta pessoas que estavam com processos penais em trâmite (decreto 1002/89). Não se tratava, portanto, de um indulto a favor de pessoas condenadas, e sim de pessoas processadas. O indulto, portanto, não só eximia de pena, como também diretamente fechava a investigação dos fatos mediante o processo penal.

No final do ano seguinte, foram ditados novos indultos, entre os quais cabe destacar o 2741/90, que beneficiou os membros das juntas militares que tinham sido condenados em juízo: os comandantes (causa 13/83), duas pessoas condenadas em outra causa (causa 44/85) e três membros da primeira junta militar que foram processados. Dessa forma, o decreto abrangeu tanto as pessoas condenadas como processadas. Igualmente, devem ser mencionados os decretos 2745/90 e 2746/90, que favoreceram, respectivamente, José Alfredo Martínez de Hoz, processado pelo delito de sequestro extorsivo, e Guillermo Suarez Mason, que se encontrava processado por uma grande quantidade de fatos cometidos em seu caráter de chefe de uma das cinco zonas militares nas quais se encontrava dividida a estrutura militar utilizada para realizar a repressão ilegal.

A discussão sobre a validade dos indultos se centrou na possibilidade do poder que a Constituição nacional outorgava ao presidente da Nação de se referir exclusivamente às pessoas *condenadas* ou se também abrangia a possibilidade de absolver as pessoas processadas. Desse modo, o debate se limitou a um aspecto formal referido no momento que se exerce o poder e não a

31 A lei de ponto final não diferenciava níveis de responsabilidade e, portanto, podia beneficiar não só a quem se “limitou” a cumprir ordens sem participar na sua elaboração. Embora esse benefício não pudesse alcançar os membros das juntas militares já julgados no processo da Câmara Federal nem os quadros imediatamente inferiores que fossem rebeldes, foragidos ou chamados a prestar declaração interrogativa dentro dos 60 dias de promulgada a lei.

limites materiais vinculados à gravidade dos fatos. A CSJN validou os indultos ao entender que poderiam ser ditados também com relação às pessoas processadas³².

3.4. SUPERAÇÃO DAS NORMAS DE IMPUNIDADE

Situação atual

Do ponto de vista da argumentação jurídica contra a validade das normas da impunidade, é decisivo o desenvolvimento que tem tido o Direito Internacional nos últimos anos, assim como sua crescente aplicação por parte dos tribunais argentinos. Os principais argumentos para negar validade às normas que encerraram os processos penais provêm, precisamente, da jurisprudência dos órgãos de aplicação de alguns tratados sobre direitos humanos em casos nos quais as vítimas dos delitos têm denunciado os Estados por não investigar nem sancionar penalmente os seus autores.

No caso argentino, a primeira sentença que declarou a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida foi proferida em 6 de março de 2001, no âmbito da investigação do desaparecimento forçado durante o casamento de José Poblete e Gertrudis Hlaczik³³. Essa decisão foi confirmada meses depois pela Câmara Federal da Capital Federal e acompanhada em seguida por uma importante quantidade de precedentes de igual teor ditados por tribunais de diversos lugares do país³⁴. Finalmente, em 2005, foi a própria CSJN que declarou a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida³⁵, se afastando, desse modo, do que vinha sustentando esse tribunal desde 1987.

Embora as sentenças que declararam a invalidade das leis de ponto final e de obediência devida mencionassem diversos argumentos de Direito nacional e internacional, o argumento que mais se destaca é o de que as normas mencionadas são transgressoras dos arts. 1, 2, 8 e 25 da CADH, tal como os interpreta a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe lembrar que as leis de ponto final e de obediência devida foram ditadas após a entrada em vigor da CADH na República Argentina. Mesmo assim, no momento em que as leis foram sancionadas, não se tinha desenvolvido ainda a jurisprudência da Corte Interamericana, que se iniciou com o caso *Velásquez Rodríguez* (1998) e se consolidou a partir do caso *Barrios Altos*

32 Cf. A sentença da CSJN na causa *Aquino*, ditada em 14.10.1992, com uma maioria de cinco juízes contra dois que se pronunciaram pela inconstitucionalidade do indulto aos processados.

33 Este caso é conhecido como *Poblete*, ou como caso *Simón* (sobrenome de um dos acusados).

34 Cf. A sentença do 6.3.2001, ditada pelo juiz Cavallo em "Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/subtração de menores de 10 anos", caso n° 8686/2000 do Juizado Nacional no Criminal e Correccional Federal n° 4 da capital Federal, e a sentença da Sala II da Câmara Nacional no Criminal e Correccional Federal da Capital Federal, ditada o dia 9.11.2001, no "Incidente de Apelação de Simón, Julio".

35 Cf. A sentença ditada em 14.6.2005 no caso *Simon*.

(2001). É por isso que o conteúdo concreto da CADH nesta matéria só pode ser percebido à medida que a jurisprudência da Corte Interamericana for ocorrendo. Embora a primeira sentença mencionada fosse proferida antes de *Barrios Altos*, após esse pronunciamento da Corte Interamericana, a decisão de declarar inválidas as normas de impunidade se viu reforçada pelos contundentes termos empregados por esse tribunal internacional ao se referir à contradição entre CADH e as normas que pretendem impedir a investigação e a sanção penal de graves violações dos direitos humanos³⁶.

A jurisprudência argentina também tem destacado que as leis de ponto final e de obediência devida são transgressoras do PIDCeP e que frustram o objeto e finalidade da Convenção contra a Tortura, instrumento que havia sido assinado pela Argentina no momento de sanção das leis, mas que foi ratificado dias depois da publicação da lei de obediência devida³⁷. Da mesma forma, podem ser encontradas na jurisprudência alusões ao dever do Estado de perseguir penalmente os fatos em razão de se tratar de crimes contra a humanidade, dever que violaria em caso de se conceder valor às leis de ponto final e de obediência devida.

Finalmente, cabe destacar que, em agosto de 2003, o Congresso sancionou a lei 25.779, mediante a qual “declarou” a “nulidade insanável” das leis de ponto final e de obediência devida. A sanção dessa lei, posterior à existência de várias sentenças que já se tinham pronunciado pela inconstitucionalidade e nulidade dessas normas, introduziu um novo fundamento normativo, que foi empregado em certos pronunciamentos judiciais e que aparece analisado em vários votos dos juízes da CSJN na sentença *Simón*. Embora cinco juízes da CSJN



FONTE: ARQUIVO NACIONAL

³⁶ Uma interpretação diferente sustentou o juiz Fayt, em *Simón*, ao considerar que a jurisprudência da CADH não tinha o alcance que a maioria da CSJN lhe outorgava. Para esse juiz, a lei de obediência devida tem diferenças de origem e de efeitos com as normas de impunidade que foram objeto de pronunciamento por parte da CADH.

³⁷ Desse modo, afirma-se, teria violado o art. 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.



declarassem nesse caso a validade da lei 25.779, nem todos sustentam a mesma interpretação dessa norma, nem lhe conferem o mesmo valor. Somente no voto do juiz Zaffaroni, a lei 25.779 parece ter uma incidência relevante para a solução do caso.

Também foi declarada a invalidade dos indultos aos processados. Assim o tem decidido vários juízes de diferentes instâncias e, posteriormente, a Corte Suprema de Justiça da Nação, no caso *Mazzeo*³⁸.

Entre os argumentos expostos nesses precedentes pode ser encontrado o que já tinha sido utilizado na época em que os indultos foram sancionados, baseado na inexistência do poder presidencial de absolver as pessoas processadas, ao qual são somados todos aqueles empregados contra as leis de ponto final e de obediência devida relativos ao dever de investigar e sancionar graves violações dos direitos humanos, aspecto destacado especialmente na sentença adotada pela CSJN no caso *Mazzeo*.

Em agosto 2010, a Corte Suprema também decidiu anular os indultos ditados em favor de pessoas condenadas. Nessa sentença, a Corte afirmou que o Direito Internacional obriga não só a investigar as graves violações aos direitos humanos, mas também a “castigar efetivamente os delitos aberrantes, dever que não pode estar sujeito a exceções”³⁹.

4. CUMPRIMENTO DE ORDENS SUPERIORES

O cumprimento de ordens superiores não tem sido reconhecido pela jurisprudência argentina como atenuante de responsabilidade no caso de ordens notoriamente ilegais. É por isso que não tem tido relevância com relação às condutas realizadas no marco do terrorismo de Estado.

Nesse sentido, a referência que fez a lei 23.521 à “obediência devida” como causal para considerar “não puníveis” os fatos cometidos no marco da ditadura argentina (notoriamente ilegais) se afastou do alcance que lhe foi reconhecido para essa excludente na jurisprudência argentina. Pode se dizer que a “obediência devida” simplesmente foi um “argumento” do qual se valeu o Parlamento argentino para declarar a não punibilidade dos delitos.

38 Sentença de 13.7.2007. Nessa sentença, quatro juízes se pronunciaram pela inconstitucionalidade do indulto 1002/89 aplicado no seu momento às pessoas processadas. Mesmo assim, a maioria da Corte decidiu deixar de lado a coisa julgada com base nas normas do DPI e do DIDH que estabelecem o dever de investigar e sancionar penalmente as graves violações aos direitos humanos e os crimes contra a humanidade. Em dissidência, votaram os juízes Fayt e Argibay, os quais afirmaram a impossibilidade de modificar em prejuízo do acusado uma decisão passada em autoridade de coisa julgada.

39 Cf. A sentença da Corte no caso “Videla” (disponível em: <http://www.cij.gov.ar/nota-4848-La-Corte-ratifico-la-nulidad-de-los-indultos-de-Videla-y-Massera.html>).



Fora da discussão sobre essa particular lei, a atenuante de obediência devida não tem tido nenhuma relevância.

5. IMUNIDADES

Na República Argentina, existem imunidades vinculadas ao exercício de certos cargos e que deixam de operar com a finalização de desempenho no cargo. Não existe jurisprudência sobre essas imunidades especificamente relacionadas aos crimes de Direito Internacional.

6. JURISDIÇÃO MILITAR OU JURISDIÇÃO CIVIL

Uma das primeiras discussões que surgiram em torno da persecução penal dos crimes da ditadura (1976-1983) foi a de quais tribunais eram competentes. Embora já existissem algumas causas iniciadas perante os tribunais penais, o governo estimulou a intervenção dos tribunais militares⁴⁰. Por um lado, o presidente da Nação (Raúl Alfonsín) ditou decretos ordenando julgamentos perante o Conselho Supremo das Forças Armadas. Por outro lado, enviou ao Congresso um projeto de reforma do Código de Justiça Militar, que restringiria a competência dos tribunais militares só para fatos futuros. Do ponto de vista político, o governo sustentava a tese da “autodepuração” por parte dos próprios militares; a partir do ponto de vista jurídico, defendia a ideia de que a competência para julgar os crimes da ditadura correspondia aos tribunais castrenses e que, portanto, levar os casos perante a Justiça civil feria o princípio do “juiz natural” consagrado constitucionalmente (art.18). Contudo, o projeto de reforma do Código de Justiça Militar elaborado pelo Poder Executivo incorporava, com relação aos feitos da ditadura, um recurso contra a sentença do Conselho Supremo para sua revisão perante a Câmara Federal correspondente de acordo com o lugar do fato. Ao tratar esse projeto no Congresso, se acrescentou uma disposição que permitia às Câmaras de Apelações Federais assumir o conhecimento do processo em caso de advertir “uma demora injustificada ou negligência na tramitação do julgamento” (art. 10 da lei 23.049). Desse modo, era estabelecida a competência originária dos tribunais militares e a possível aceitação do processo por parte dos tribunais penais (Câmaras de Apelações Federais)⁴¹.

40 Trata-se de tribunais que não integram o Poder Judicial da Nação, mas o Poder Executivo.

41 Precisamente, a introdução na lei de reforma ao CJM desse direito de avocação por parte das Câmaras Federais foi que possibilitou o julgamento dos comandantes, entre outros processos, por parte da Câmara Federal da Capital Federal.

Esse mecanismo gerou críticas em diversos pontos de vista. Por um lado, criticava-se a intervenção dos tribunais militares para julgar delitos comuns ou fatos com relação aos quais a competência dos tribunais militares era muito discutível. Por outro, se criticava que, como sustentava o governo, se a intervenção dos tribunais penais da Justiça cível violava a garantia do julgamento natural, então também era transgressora da referida garantia da reforma introduzida ao CJM que autorizava as Câmaras Federais a assumirem o processo.

Tanto a intervenção dos tribunais militares como a posterior aceitação do processo por parte da Justiça cível foi revalidada pela CSJN.

Posteriormente, a partir da entrada em vigor da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴², a jurisprudência começou a sustentar que era a Justiça penal federal que devia intervir. O principal argumento se apoia nas normas contidas no art. IX da Convenção, que proíbe a intervenção de tribunais militares em casos de desaparecimento forçado de pessoas.

A atribuição de competência aos tribunais penais federais foi ratificada pela CSJN nas sentenças *Nicolaidis* e *Videla*⁴³. Nesses precedentes, tanto o Procurador Geral da Nação como parte dos juízes da CSJN se basearam na aplicação do art. IX da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴⁴ e reiteraram a doutrina do mais alto tribunal argentino com relação às normas sobre competência que são aplicáveis imediatamente e que não há um direito adquirido a ser julgado por um determinado regime processual. Conforme essa doutrina, a garantia do julgamento natural (art. 18, CN) não proíbe a produção de normas que modifiquem a competência dos tribunais, sempre que se trate de tribunais permanentes. Essa postura foi confirmada pela maioria da CSJN na sentença *Mazzeo*, proferida em 13 de julho de 2007⁴⁵.

Atualmente, todos os processos penais por violações dos direitos humanos cometidos pela ditadura são acompanhados perante os tribunais penais federais⁴⁶.

42 A Convenção foi aprovada por lei 24.556, em 18.10.1995, e lhe outorgou hierarquia constitucional mediante a lei 24.820.

43 Sentenças ditadas em 2.8.2000 e 21.8.2003, respectivamente.

44 Cf. os votos dos juízes Petracchi e Boggiano na sentença *Nicolaidis* e dos juízes Petracchi, Boggiano e Maqueda em sentença *Videla*.

45 Cf. os votos dos juízes Argibay, Highton de Nolasco, Lorenzetti, Maqueda e Zaffaroni.

46 Cabe acrescentar que, em sentença de 6 de março de 2007, três juízes da CSJN se pronunciaram pela inconstitucionalidade do Código de Justiça Militar, de maneira que outorga competência aos tribunais militares, dependentes do Poder Executivo da Nação, para julgar delitos (cf. “Recurso de fato deduzido pela defesa de Ramón Ángel López na causa López, Ramón Ángel s/ recurso do art. 445 bis do Código de Justiça Militar – causa N° 2845”).

7. COMISSÕES PARA PESQUISAR A VERDADE E DIREITO À VERDADE

7.1. COMISSÕES CRIADAS PARA INVESTIGAR A VERDADE

É importante destacar que a tarefa da Conadep não foi pensada como um mecanismo substitutivo da atuação judicial, mas complementar, e, na prática, seu trabalho foi de suma utilidade nos processos judiciais

Uma das primeiras medidas do governo pós-ditadura foi a criação de uma comissão no âmbito do Poder Executivo para obter informação sobre o destino que tiveram aquelas pessoas que tinham sido vítimas do sistema de repressão ilegal⁴⁷. Essa comissão, denominada Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (Conadep), esteve integrada por pessoas que gozavam de uma alta consideração ética e provinham de diversos âmbitos profissionais e ideológicos. O decreto de criação dessa Comissão estabeleceu como objeto da comissão

“esclarecer os fatos relacionados com o desaparecimento de pessoas ocorridas no país” (art. 1). Por sua vez, estabeleceu que a Comissão teria como funções receber denúncias e provas, investigar o destino das pessoas desaparecidas e o paradeiro de crianças subtraídas, denunciar à Justiça qualquer intenção de ocultação ou destruição de provas e emitir, no prazo de 180 dias, a partir de sua constituição, um relatório final com a explicação detalhada dos fatos (art. 2)⁴⁸. Foi proibido que a Comissão “emitisse julgamentos sobre fatos e circunstâncias que constituíssem matéria exclusiva do Poder Judicial” (art. 2).

É importante destacar que a tarefa da Conadep não foi pensada como um mecanismo substitutivo da atuação judicial, mas complementar, e, na prática, seu trabalho foi de suma utilidade nos processos judiciais.

A Conadep emitiu um informe em que descreveu as características do sistema repressivo, sua metodologia, a localização dos diferentes centros clandestinos onde as vítimas eram alojadas e

47 Foi criada pelo Presidente Alfonsín mediante o decreto 187/83, de 15.12.1983.

48 Esse prazo, exíguo por certo, se fixou para “evitar que a dolorosa necessidade de investigar esses fatos subtraia, além de certo lapso prudencial, os esforços que devem dirigir-se à tarefa de afiançar no futuro uma convivência democrática e respeitosa da dignidade humana” (Cf. os fundamentos do decreto 187/83).

torturadas e publicou uma lista com os dados obtidos em relação às identidades das vítimas das quais pôde obter informação⁴⁹.

Além da Conadep, foram criados numerosos organismos em distintos lugares do território nacional, com a finalidade de reunir informação sobre a violação de direitos humanos durante a ditadura militar. Em nenhum desses casos, esses organismos foram criados como mecanismos substitutivos da atividade jurisdicional.

7.2. PROCESSOS JUDICIAIS PARA INVESTIGAR A VERDADE

O ditado das sucessivas normas de impunidade (lei de ponto final, lei de obediência devida e indultos) teve o efeito de paralisar as investigações judiciais que eram realizadas perante os tribunais penais. Embora uma interpretação estrita dessas normas não devesse conduzir ao encerramento das investigações, no Poder Judicial predominou uma interpretação que estava em sintonia com o objetivo dos poderes políticos que tinham promovido e ditado essas normas: deviam encerrar os processos penais⁵⁰.

A paralisação das investigações penais⁵¹ e a notória diminuição do trabalho de coleta de informação por parte de comissões não judiciais determinaram que o Estado não julgasse nem averiguasse a maior parte dos fatos que afetavam milhares de pessoas desaparecidas e seus familiares⁵². Nesse âmbito, surgiram as primeiras reclamações para que os tribunais, em cujo âmbito tivessem ficado radicadas as causas penais, dispusessem medidas de investigação tendentes a indagar as circunstâncias do desaparecimento de pessoas e seu destino. Do ponto de vista jurídico, o planejamento se via respaldado pela jurisprudência da Corte Interamericana, que havia mencionado o dever do Estado de indagar o sucedido com as pessoas desaparecidas.

49 O relatório foi publicado sob o título de *Nunca Más*. Após sua dissolução, o arquivo da Conadep ficou em custódia da Subsecretaria de Direitos Humanos, criada por decreto 3090/84 do presidente Alfonsín. Em 2006, foi publicada uma nova edição do relatório *Nunca Más*, que inclui a informação recopilada até esse ano e atualiza a lista de vítimas e centros de detenção (Cf. *Nunca Más. Informe da Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas*, Buenos Aires: Eudeba, 7ª ed., abril de 2006).

50 Em um trabalho anterior, já foi estabelecida a investigação de “até que ponto a busca da verdade, encarada após os chamados *juízos da verdade*, não foi possível em virtude da sanção das leis de impunidade. Ao menos, segundo o conteúdo estrito das leis, as investigações eram possíveis e necessárias até conseguir provas contra uma pessoa que, por reunir certas condições, estivesse amparada pelas normas da impunidade. Mas, inclusive nessas hipóteses, a investigação devia continuar para esclarecer o caso até onde for possível, procurando determinar a totalidade de participantes no fato e verificando em cada caso se cabia ou não isentar de responsabilidade penal essas pessoas em virtude da aplicação das leis mencionadas”. Cf. Pablo Parenti: relatório “Argentina (I)” correspondente aos Capítulos “Política y Derecho en América Latina”, em Jörg Arnold / Jan Simon / Jan Woischnik (editores): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina*, México: Universidade Nacional Autónoma do México, 2006. pp. 3 e ss.; disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2116>>.

51 Contudo, certas atividades jurisdicionais continuaram. Assim, no caso da Câmara Federal da Capital Federal, se tomaram algumas medidas tendentes à identificação de pessoas. Estas atividades e as que se realizaram a partir de 1995, nos chamados processos de busca da verdade, foram descritas pelo próprio tribunal na resolução de 9.11.2001 no caso *Simón*, no qual, não obstante, reconheceu “a redução na atividade jurisdicional” vinculada com os fatos da ditadura.

52 Como já foi dito no item 4 do presente informe, as normas de impunidade não abrangeram a totalidade dos fatos. Dessa forma, puderam avançar algumas investigações, entre elas, os casos por subtração de menores pelo chamado “Plano Condor”.

O primeiro tribunal a realizar um projeto de averiguação da verdade foi a Câmara Federal da Capital Federal, isto é, o tribunal que tinha julgado os comandantes e outros membros das Forças Armadas e de segurança, e que conservava as causas mais importantes correspondentes à zona da repressão na qual se concentrou o maior número de vítimas da repressão. Os fundamentos da decisão de dar lugar às medidas de averiguação desempenham diversos aspectos. Por um lado, são mencionados os direitos à verdade, ao luto e ao respeito pelo corpo (quer dizer, direitos não vinculados estritamente ao processo penal) e, por outro, se destaca a circunstância de que era possível achar casos não amparados pelas normas de impunidade. Essa última consideração enfatizava que o objeto processual, do ponto de vista penal, não estava esgotado.

Apesar dessa decisão inicial, a Câmara federal pouco tempo depois rejeitou medidas de investigação propostas por Carmem Aguiar de Lapacó, mãe de uma mulher desaparecida. Isso motivou a intervenção da CSJN, que, por maioria, entendeu que as medidas de investigação tendentes a comprovar um fato delitivo não eram procedentes ao se ter esgotado o objeto processual. A maioria da CSJN considerou que a “realização das medidas requeridas implicaria a reabertura do processo e o conseqüente exercício de atividade jurisdicional contra os que têm sido liberados definitivamente pelos comportamentos que deram lugar à formação da presente causa, pelo qual não se adverte o objeto da solicitada diligência, dado que careceria de toda virtualidade a acumulação de prova de cargo sem um indivíduo passivo contra o qual pudesse fazer-se valer⁵³”.

Essa decisão da CSJN motivou uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que culminou com um acordo de solução amistosa entre o Estado argentino e a requerente. No referido acordo, assinado em 15 de novembro de 1999, o governo argentino aceitou e se comprometeu a garantir o direito à verdade, a implementar uma normativa para que as Câmaras Federais de todo o país tivessem a competência exclusiva e implementar perante o Ministério Público a designação de fiscais especiais que atuariam nos processos de indagação da verdade⁵⁴.

Entretanto, foram se abrindo processos para averiguar a verdade em outras jurisdições do país. Finalmente, esse tipo de procedimentos foi validado tanto pela Câmara Nacional de Cassação Penal⁵⁵ como por parte da CSJN⁵⁶ e muitos deles continuam em andamento inclusive após a reabertura dos processos penais propriamente ditos.

53 Cf. sentença da CSJN de 13.8.1998 no caso *Suárez Mason*.

54 Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Informe N° 21/00, caso 12.059, 29.2.2000, no qual se reproduz o texto de acordo. A normativa a que alude o acordo não foi ditada.

55 Cf. as decisões adotadas pela Sala IV nos casos “Corres, Julián Oscar s/recurso de queixa” (13.09.2000) e “Rivarola, Ricardo Horacio s/recurso” (21.10.2002).

56 Poucos meses depois da sentença *Suárez Mason*, já citada, a CSJN, no caso *Urteaga* (15.10.1998), apoiou uma petição de informação efetuada sob a forma de *habeas data* perante um tribunal não penal (foro contencioso administrativo federal). Posteriormente, a CSJN se manifestou somente de modo tangencial sobre os procedimentos de indagação da verdade (assim, p. ex., no caso *Rivarola*, de 27.5.2004).

Lista de siglas e abreviaturas

BO – Boletim Oficial

CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CJM – Código de Justiça Militar

CN – Constituição Nacional (República Argentina)

CNCP – Câmara Nacional de Cassação Penal

CONADEP – Comissão Nacional sobre Desaparecimento de Pessoas

CP – Código Penal

CPI – Corte Penal Internacional

CSJN – Corte Suprema de Justiça da Nação

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DPI – Direito Penal Internacional

ECPI – Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional

PIDCeP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos



FONTE: ARQUIVO NACIONAL