



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Caso Vladimir Herzog e outros v. Brasil

Amicus Curiae

**“FUNDAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL E CONVENCIONAL DO DIREITO
HUMANO À VERDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO”**

Curitiba, Junho de 2017.



DA INSTITUIÇÃO QUE ASSINA O *AMICUS CURIAE*:



Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos (NESIDH) da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Com sede em Curitiba, Paraná, e coordenado pela Professora Doutora Melina Girardi Fachin, o NESIDH é composto por alunos da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPR, bem como pesquisadores voluntários. Seus principais objetivos são: i) a formação acadêmica e profissional de seus membros na temática do Direito Internacional dos Direitos Humanos; ii) o diálogo permanente com organizações da sociedade civil que necessitem de auxílio na seara dos direitos humanos; iii) a consolidação da cultura dos direitos humanos no Brasil.

Página Web: <https://www.facebook.com/nesidh/>

Informação de contato:

Melina Girardi Fachin

Professora Adjunta e Coordenadora do NESIDH - Faculdade de Direito da Universidade

Federal do Paraná

E-mail: melinafachin@gmail.com



TABELA DE CONTEÚDOS

RESUMO DO CASO

INTROITO

- 1. VERDADE COMO DIREITO AUTÔNOMO NO SISTEMA INTERAMERICANO**
 - (i) direitos às garantias judiciais e à proteção judicial:
 - (ii) direito de acesso à informação.
- 2. DIREITO À VERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO E DECORRENTE DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**
 - (i) Comissão da Verdade.
- 3. VERDADE E ANISTIA**
- 4. COISA JULGADA FRAUDULENTA**

CONCLUSÃO E PETITÓRIO À CORTE INTERAMERICANA



RESUMO DO CASO

Em 22 de Abril de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresentou à Corte Interamericana de Direitos Humanos o caso nº 12.879, Vladimir Herzog e outros, a respeito do Brasil ante o não cumprimento com as recomendações contidas no Relatório de Mérito.

Os atos que foram submetidos à Corte Interamericana incluem as circunstâncias que envolvem a prisão arbitrária, tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em uma dependência do Exército em 25 de outubro de 1975 – período em que o Estado Brasileiro encontrava-se no comando ditatorial militar. Mesmo após a democratização, os fatos prosseguiram impunes em virtude da anistia promulgada.

A Comissão estabeleceu que o caso do jornalista Vladimir Herzog é marco de graves e sistemáticas violações de direitos humanos ocorridas durante a ditadura brasileira, determinando que o Brasil é responsável pelas violações dos direitos às liberdades, integridade e vida do jornalista.

Eis o desafio emblemático que se coloca à apreciação desta Md. Corte.



INTROITO

Diversas são as abordagens conceituais em relação à justiça de transição haja vista que não há uma única e acabada aproximação teórica sobre o tema¹. Muitas são as justiças de transição até porque são experiências fundamentalmente conectadas às necessidades e exigências da base de vida das comunidades e, justamente por isso, apenas entrevistas em determinada conjuntura espaço-temporal².

Em que pese não haver um conceito ideal e abstrato de justiça transicional, há um conjunto de elementos conformadores acerca da temática. Foi o Conselho de Segurança das Nações Unidas, no document *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies* que, em 2004, primacialmente conceituou justiça de transição como: “[...]full range of processes and mechanisms associated with a society's attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof³”.

¹ Acerca desse caráter evolutivo da justiça de transição, ensina Paul Van Zyl: “No decorrer da última década, o campo da justiça transicional se ampliou e se desenvolveu em dois sentidos importantes. Em primeiro lugar, os elementos da justiça transicional passaram de uma aspiração do imaginário à expressão de obrigações legais vinculantes”. ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-conflito. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Número 1 (jan/jul 2009). Brasília: Ministério da Justiça, 2009. p. 32.

² Em aporte crítico, entoa o Relatório do Conselho de Segurança sobre a temática: “Unfortunately, the international community has not always provided rule of law assistance that is appropriate to the country context. Too often, the emphasis has been on foreign experts, foreign models and foreign-conceived solutions to the detriment of durable improvements and sustainable capacity. Both national and international experts have a vital role to play, to be sure. But we have learned that effective and sustainable approaches begin with a thorough analysis of national needs and capacities, mobilizing to the extent possible expertise resident in the country. Increasingly, the United Nations is looking to nationally led strategies of assessment and consultation carried out with the active and meaningful participation of national stakeholders, including justice sector officials, civil society, professional associations, traditional leaders and key groups, such as women, minorities, displaced persons and refugees.” UN SECURITY COUNCIL. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Document nº 2004/616. Disponível em: <http://www.undemocracy.com/S-2004-616.pdf>. Acesso em setembro de 2012.

³ UN SECURITY COUNCIL. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. Document nº 2004/616. Disponível em: <http://www.undemocracy.com/S-2004-616.pdf>. Acesso em setembro de 2012.



Ainda que não haja um padrão invariável há conjunto mínimo de afazeres identificadores da justiça de transição: processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas e reformar as instituições perpetradoras de abuso. Tudo isso para promover a reconciliação.

Diante deste paradigma, considera-se a transição do Brasil inacabada. A Lei de Anistia brasileira tinha seu fundamento no inciso VI do artigo 57 c/c §2º do artigo 51 da Constituição de 1969⁴, apresentando por um governo militar em que as eleições para Presidente da República eram indiretas e o Congresso Nacional composto por aliados políticos⁵.

Apenas em 18 de novembro de 2011 é promulgada a lei nº 12.528 que cria a Comissão Nacional da verdade, sendo que o *caput* do artigo 11 dispunha que a CNV teria o prazo de até 16 de dezembro de 2014 para a conclusão de seus trabalhos.

Tal órgão não contava com a cooperação de outros e nem de força coercitiva para cumprir seus objetivos⁶.

Dessa forma, a memória e a verdade, ficam cada vez mais distantes da realidade das vítimas e parentes. Eis aí a razão pela qual o presente caso é emblemático, na esteira do que já julgou esta Md. Corte no Caso Gomes Lund e outros v. Brasil, para levar a cabo a transição brasileira.

⁴ Na verdade era uma emenda constitucional que passou a ser chamada de Constituição e que foi promulgada pelo general Emílio Garrastazu Médici.

⁵ Prevendo uma vitória da oposição, o General Geisel fechou o Congresso Nacional por duas semanas em abril de 1977 e alterou as regras eleitorais criando então os senadores “biônicos”, que seria, em cada três senadores um passou a ser eleito de forma indireta pelas Assembleias Legislativas de seus Estados. VIZENTINI, Paulo Gilberto Fagundes. A experiência histórico do Brasil e da Argentina contemporâneos: autoritarismo e desenvolvimento (1964-1985). In: LLADÓS, José Maria; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Orgs.). *Perspectivas: Brasil e Argentina*. Brasília: IPRI, 2000. p. 435-485.

⁶ Tais acontecimentos estão documentados na “Audiência Pública de Mortos e Desaparecidos da Guerrilha do Araguaia” disponível em:

http://www.cnv.gov.br/images/jpg/docs_araguaia/araguaia_versao_final.pdf.



1. VERDADE COMO DIREITO AUTÔNOMO NO SISTEMA INTERAMERICANO

O direito à verdade no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é direito autônomo decorrente de diversas disposições tanto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos e se demonstra sua violação pelo Estado brasileiro no presente caso.

Embora não haja em nenhum dos dois instrumentos mencionados previsão expressa e literal acerca do direito à verdade, a prática dos órgãos do Sistema (CIDH e Corte IDH), alinhada com o Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito universal e em exercício de construção evolutiva, permite verificar as progressivas caracterização, consolidação e autonomização deste direito, nos termos adiante expostos.

As primeiras manifestações da CIDH e da Corte IDH sobre o direito à verdade encontravam-se vinculadas a situações de desaparecimento forçado⁷. Foi a partir do marco deste preocupante e recorrente fenômeno que a prática e a jurisprudência da CIDH e da Corte IDH consolidaram progressivamente o conteúdo do direito à verdade no Sistema Interamericano e ampliaram o reconhecimento deste direito a outras situações para além de desaparecimentos forçados. Estes órgãos, assim, estabeleceram que o direito à verdade se vincula diretamente (i) aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos XVIII e XXIV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como, em determinados casos, (ii) ao direito de acesso à informação, estabelecido no artigo IV da Declaração e no artigo 13 da Convenção.

(i) direitos às garantias judiciais e à proteção judicial:

Em primeiro lugar, o direito à verdade relaciona-se com os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial porque o acesso à jurisdição e a prestação jurisdicional são os meios compreendidos pelos órgãos do Sistema Interamericano como idôneos para o atingimento da verdade dos fatos. Afinal, é por meio da obrigação dos

⁷ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 25.



Estados de esclarecer, investigar, julgar e sancionar as pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos que se garante o direito das vítimas e de seus familiares a conhecer a verdade a respeito destes fatos e da identidade dos perpetradores que os realizaram⁸.

Os parâmetros para verificação do cumprimento do dever de investigação por parte do Estado são aqueles já há longa data estabelecidos pelo Sistema Interamericano. Toda investigação judicial deve ser “empreendida de boa-fé, de maneira diligente, exaustiva e imparcial, e deve estar orientada a explorar todas as linhas investigativas possíveis que permitam a identificação dos autores do delito, para posterior julgamento e sanção”⁹. Ainda, embora o dever de investigar seja uma obrigação de meio, e não de resultado, isto não significa “que a investigação possa ser empreendida como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutuosa”¹⁰: todos os atos estatais durante o processo investigativo devem estar orientados a uma finalidade específica, qual seja a determinação da verdade e a investigação, persecução, captura, jurisdicionalização e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos¹¹. Embora o Estado deva possibilitar o mais amplo acesso das vítimas e seus familiares a estas etapas¹², a busca efetiva pela verdade não depende da iniciativa processual deles, visto que é dever do Estado¹³.

⁸ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 33.

⁹ CIDH. *Informe nº 37/00*, Caso 11.481: Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdámez Vs El Salvador. 13 de abril de 2000, par. 80.

¹⁰ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4, par. 177; Corte IDH. Caso Pacheco Teruel e outros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C, nº 241, par. 129.

¹¹ Corte IDH. Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C, nº. 250, par. 192; Corte IDH. Caso CantonalHuamaní e García Santa Cruz Vs. Perú. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C, nº 167, par. 131; Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º de setembro de 2010, Série C, nº 217, par. 153.

¹² Corte IDH. Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Exceções Preliminares. Sentença de 11 de setembro de 1997. Série C, nº 32, par. 246; Corte IDH. Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C, nº 240, par. 251.

¹³ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4, párr. 177; Corte IDH. Caso Tribo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C, nº 245, par. 265; Corte IDH. Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C, nº. 250, par. 193.



Há, no presente caso, dois fatores que tornam a obrigação estatal de investigar ainda mais sensível: a qualidade das violações perpetradas e a participação de agentes estatais nos fatos violadores. Afinal, a CIDH dispõe que, em caso de violações de direitos humanos de caráter imprescritível, como o cometimento de assassinatos, torturas, atos desumanos destinados a causar a morte ou graves danos à integridade física e mental, há um dever estatal reforçado de investigação e esclarecimento dos fatos¹⁴. Além disso, a mesma CIDH, em linha com jurisprudência da Corte IDH, dispõe que as diligências investigativas devem ser as mais amplas possíveis especialmente quando “estão ou possam estar envolvidos agentes estatais”¹⁵.

Ademais, cabe ressaltar que o direito à verdade “surge como consequência básica e indispensável para todo o Estado-parte na Convenção Americana em conformidade com o artigo 1.1 do mencionado instrumento”¹⁶. Isto porque o desconhecimento acerca de fatos violadores de direitos humanos revela a incapacidade do Estado para garantir os direitos violados, por não contar com um sistema de proteção idôneo capaz de identificar e sancionar os responsáveis pelas violações. Por esta razão, o cumprimento dos deveres impostos pelo direito à verdade é também forma de combate à impunidade¹⁷, que, quando não combatida, “propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade das vítimas e de seus familiares”¹⁸.

¹⁴ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 36.

¹⁵ Corte IDH. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140, par. 143; Corte IDH. *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C, nº 240, par. 204; Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C, nº. 250, par. 192.

¹⁶ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 34.

¹⁷ COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU. *Conjunto de princípios atualizado para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*. E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005.

¹⁸ Corte IDH. *Caso da “Panel Branca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C, nº 37, par. 173; Corte IDH. *Caso Blake Vs Guatemala*. Reparações. Sentença de 22 de janeiro de 1999. Série C, nº 48, par. 64; Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs Guatemala*. Reparações. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, nº 170; Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Guatemala*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C, nº 117, par. 126.



Nestes termos, portanto, é que se comprehende a vinculação do direito à verdade com os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, estabelecidos nos artigos XVIII e XXIV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

(ii) direito de acesso à informação.

O direito à verdade é também decorrente do direito de acesso à informação. Vinculado com o disposto no artigo 13 da Convenção Americana, “os Estados têm a obrigação de garantir às vítimas e seus familiares o acesso à informação acerca das circunstâncias que rodearam graves violações de direitos humanos”¹⁹.

De acordo com a manifestação do perito Sergio Suiama durante a audiência pública de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, documentar as informações referentes aos eventos ocorridos nas dependências do DOI-CODI do II Exército, incluindo especificamente aqueles realizados em prejuízo de Vladimir Herzog, bem como manter estes documentos, eram à época e são atualmente obrigações do Estado brasileiro. As vítimas e seus familiares, assim, têm direito a conhecer as informações sobre graves violações de direitos humanos que o Estado produza, capte, mantenha ou esteja obrigado a compilar²⁰.

Tanto a CIDH quanto a Corte IDH já estabeleceram que o direito de acesso à informação é orientado pelo princípio da máxima divulgação²¹. A consequência disto é que “o acesso à informação é a regra, e o sigilo, a exceção”²². As exceções devem estar previstas de forma precisa e clara no ordenamento jurídico interno por meio de uma lei em sentido formal e material²³.

¹⁹ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 50.

²⁰ CIDH. *O Direito de Acesso à Informação no Marco Jurídico Interamericano*. Série L, 2012, p. 8.

²¹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes e outros Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, nº 151, par. 92; CIDH. Relatório Anual: 2003. Série L, doc. 70, v. 2, 29 de dezembro de 2003, par. 32.

²² CIDH. *O Direito de Acesso à Informação no Marco Jurídico Interamericano*. Série L, 2012, p. 5.

²³ Corte IDH. Caso *Claude Reyes e outros Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C, nº 151, par. 89; Corte IDH. Caso *Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 197.



A Corte IDH já estabeleceu que, “em casos de violações de direitos humanos, as autoridades estatais não podem se amparar legitimamente em mecanismos como o segredo de Estado ou a confidencialidade da informação, ou em razões de interesse público ou segurança nacional, para deixar de fornecer a informação requerida pelas autoridades judiciais ou administrativas encarregadas da investigação ou do processo pendentes”²⁴. Evidencia-se assim o descumprimento do dever estatal de garantir acesso à informação relativa às violações de direitos humanos – neste caso, especificamente àquelas cometidas contra Vladimir Herzog.

No caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a Corte IDH teve a oportunidade de discorrer sobre as obrigações estatais de garantia do direito à verdade em sua faceta de acesso à informação. Sobre a base da afirmação de que “toda pessoa, inclusive os familiares das vítimas de graves violações de direitos humanos, tem o direito de conhecer a verdade”²⁵, a Corte reiterou que a decisão de qualificar como sigilosa a informação sobre fatos puníveis e de negar sua entrega não pode depender exclusivamente de um órgão estatal a cujos membros seja atribuída a prática destes fatos²⁶.

Deve o Estado fundamentar a negativa, demonstrando que adotou todos os recursos para comprovar que, efetivamente, a informação solicitada não existia²⁷, agindo de boa-fé e realizando diligentemente todas as ações idôneas para efetivar o direito à informação, especialmente em se tratando de violações graves de direitos humanos²⁸. Para a Corte, “alegar, ante um procedimento judicial [...] a falta de prova

²⁴ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 53, em referência aos casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, TiuTojín vs. Guatemala, Radilla Pacheco vs. México, e Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil.

²⁵ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 200.

²⁶ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 202.

²⁷ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 211.

²⁸ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 211.



sobre a existência de certa informação, sem haver indicado ao menos quais foram as diligências realizadas para confirmar ou não sua existência, possibilita a atuação discricionária e arbitrária do Estado de facilitar ou não determinada informação, gerando com isso insegurança jurídica a respeito do exercício desse direito”²⁹.

A recusa imotivada do Estado brasileiro em fornecer os documentos relativos aos fatos do presente caso revela que, desde o caso Gomes Lund, não se alterou a postura estatal contrária à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), de 2014, referiu-se ao obstáculo imposto pelas Forças Armadas Brasileiras ao conhecimento das situações violadoras de direitos humanos, em razão de sua resistência em divulgar documentos de seus arquivos³⁰. Especificamente no presente caso, a conduta do Estado brasileiro violadora do direito à verdade resta evidente por meio da análise da Ação Civil Pública nº 2008.61.81.013434-2, proposta pelo Ministério Público Federal em 2008. Nesta, o Estado brasileiro se negou a prestar as informações requeridas, relativas ao DOI-CODI do II Exército, sob o fundamento de que os documentos pertinentes teriam todos sido destruídos, bem como o termo que atestaria sua destruição, supostamente de acordo com a legislação vigente à época. O Estado afirmou, em suas alegações finais orais na audiência pública, que as vítimas demandam “prova negativa”, inexigível, acerca da existência dos documentos requeridos.

Ora, a obrigação de promover diligências sérias para disponibilizar os documentos relativos a violações de direitos humanos, não bastando a mera alegação insuficientemente provada da inexistência destas informações, foi claramente estabelecida no caso Gomes Lund. Assim, as alegações do Estado brasileiro na Ação Civil Pública nº 2008.61.81.013434-2, confirmadas pelas manifestações da testemunha Marlon Weichert e do perito Sergio Suiama, constituem violação aos deveres de informação já estabelecidos.

²⁹ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 211.

³⁰ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Livro I, p. 445. Anexo à comunicação do Estado de 12 de agosto de 2015, anexo 3 do relatório da CIDH sobre este caso. Disponível em: www.cnv.gov.br.



Verifica-se, portanto, que o direito à verdade, embora decorrente das previsões dos direitos às garantias judiciais (artigo 8º da Convenção Americana), à proteção judicial (artigo 25) e ao acesso à informação (artigo 13), possui fundamentação, conteúdo, critérios e parâmetros específicos em relação às figuras gerais previstas nos artigos mencionados, de maneira que se constitui, no Sistema Interamericano, como um direito autônomo digno de tutela pela CIDH e pela Corte IDH e que foi violado no caso em tela.

Enquanto direito autônomo, o direito à verdade possui duas dimensões distintas quanto a seus titulares. A primeira delas esteve evidente nos parágrafos precedentes: trata-se do direito das vítimas e de seus familiares de conhecer a verdade a respeito de fatos e indivíduos violadores de direitos humanos. A segunda delas, por outro lado, é mais ampla, nos termos do já estabelecido pela CIDH, por não se restringir às vítimas e a seus familiares: toda a sociedade tem o “irrenunciável direito de conhecer a verdade do ocorrido, assim como as razões e circunstâncias nas quais aberrantes delitos foram cometidos, a fim de evitar que estes fatos voltem a ocorrer no futuro”³¹. O respeito à dimensão coletiva do direito à verdade, ao impedir a impunidade e o esquecimento de atos violadores de direitos humanos, permite o cumprimento dos deveres de respeito e garantia do Estado em relação aos demais direitos previstos na Convenção³².

E é esta dimensão coletiva que mais imediatamente permite verificar a particular relação entre o direito à verdade e os demais pilares da justiça de transição, relevante aqui em razão da aplicação da Lei nº 6.683/1979 (“Lei de Anistia”) pelas autoridades judiciais brasileiras para impedir a persecução penal dos responsáveis pelas violações de direitos de Vladimir Herzog e de seus familiares. Embora seja evidentemente necessário que os Estados implementem programas de reconciliação, isto não os exime do respeito a certas obrigações internacionais³³, como a de investigar. Para a CIDH, o marco de justiça de transição deve ser

³¹ CIDH, Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: 1985-1986. Série L, doc. 8, 26 setembro de 1986.

³² CIDH. Direito à verdade nas Américas. Série L, doc. 2, 2014, p. 34.

³³ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 38.



aplicado como um sistema de incentivos úteis à verdade, à individualização e sanção dos responsáveis e à reparação das vítimas para o estabelecimento de uma paz duradoura³⁴. Nenhuma medida estatal adotada em matéria de justiça pode significar a ausência total de investigação de casos de graves violações de direitos humanos³⁵ por meio de disposições normativas internas de qualquer índole³⁶.

O arquivamento, em 12 de janeiro de 2009 pela 1^a Vara Federal Criminal de São Paulo, do procedimento investigatório do Ministério Público Federal para a apuração das responsabilidades pela tortura e pela morte de Vladimir Herzog foi motivado primordialmente pelo reconhecimento de que decisão anterior de arquivamento teria transitado em julgado. Esta decisão prévia, por sua vez, determinou em 18 de agosto de 1993 o trancamento do inquérito policial que buscava apurar as mencionadas responsabilidades, aplicando para tanto as disposições da Lei de Anistia que impediriam o processamento do caso e a responsabilização dos agentes estatais. O arquivamento realizado em 2009, portanto, reconheceu a aplicação da Lei de Anistia aos fatos, e impedi a investigação, o processamento, o julgamento e a sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos cometidas contra Vladimir Herzog, violando o direito à verdade de seus familiares e da sociedade brasileira.

Em relação à Lei da Anistia brasileira, a Corte IDH já a considerou como uma lei de “auto-anistia” que viola os direitos às garantias judiciais e os deveres estatais presentes na Convenção³⁷. Nesta esteira, declarou que “dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos” e “não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação

³⁴ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 39.

³⁵ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 40.

³⁶ Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C, nº. 250, par. 190; Corte IDH. *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C, nº 232, par. 127.

³⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 172.



e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”³⁸.

Desta forma, em razão do exposto, a aplicação da Lei de Anistia aos fatos, bem como a propagação de versão falsa acerca da morte de Vladimir Herzog, viola flagrantemente o direito à verdade dos familiares do jornalista (dimensão individual) e o direito à verdade de toda a sociedade brasileira (dimensão coletiva). A defesa do Estado brasileiro se pauta em inúmeras iniciativas que seriam voltadas ao respeito ao direito à verdade tanto das vítimas dos crimes cometidos durante o regime ditatorial quanto da sociedade brasileira como um todo.

2. DIREITO À VERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL IMPLÍCITO E DECORRENTE DA LEGISLAÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição Brasileira de 1988 (CF) foi promulgada para ser o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil³⁹, que simbolizaria o rompimento com o regime da ditadura civil-militar, enfatizando os direitos e garantias.

É nesse contexto que o valor da dignidade humana prescrito no art. 1º, inciso III, avulta como princípio ético-jurídico constituiu o núcleo e suporte axiológico do ordenamento jurídico brasileiro, além disto, a prevalência dos direitos humanos é guia para as ações do Estado brasileiro (art. 4º, II).

Da leitura do art. 5º, § 2º da CF, advém a cláusula de abertura material dos direitos fundamentais, que permite a equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil aos demais direitos fundamentais. Na esteira do §2º pode-se entender que existem direitos expressamente positivados ou escritos e os

³⁸ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 174.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Revistas PGE*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: mai. 2017.



direitos fundamentais não escritos⁴⁰, sendo que todos são, *ao menos*, materialmente fundamentais⁴¹. Portanto, direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil fazem parte do “bloco de constitucionalidade”⁴², apresentando aplicabilidade imediata enquanto direitos constitucionalmente garantidos⁴³. Soma-se, ainda, em matéria de integração dos direitos fundamentais, o disposto no art. 5º, §3º “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Nesses termos, no Recurso Extraordinário nº. 466.343/SP de novembro de 2006, o Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, desde que não aprovados por quórum qualificados, embora detenham caráter infraconstitucional, possuem valor supralegal, ou seja, estão acima das leis ordinárias.

Portanto, ao lado da Constituição Federal encontram-se os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5º, §3º. Abaixo dela, mas acima da lei ordinária, encontram-se tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quórum qualificado. Ainda, a legislação ordinária está no patamar inferior, bem como os tratados que não versam sobre direitos humanos.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 78.

⁴¹ A materialidade fundamental a todos os direitos enunciados em tratados de direitos humanos é defendida por boa parte da doutrina, que, ao procurar posição conciliadora entre a leitura dos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da CF, defendem que há direitos material e formalmente constitucionais (quando integrados ao ordenamento brasileiro pela via do artigo 5º, § 3º) e direitos “apenas” materialmente constitucionais (quando postos pela via do art. 5º, § 2º), cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 120-121; e SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas Sobre as Relações Entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Perspectiva do Assim Chamado Controle de Convencionalidade*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Org). *Controle de Convencionalidade:um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 90-91.

⁴² PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Revistas PGE*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: mai. 2017.

⁴³ PIOVESAN, Flávia. A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *Revistas PGE*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>>. Acesso em: mai. 2017.



Entretanto, a discussão acerca da hierarquia dos tratados em sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro somente faz sentido em caso de eventual conflito entre dispositivos da Constituição e os direitos previstos no tratado ratificado em que seja necessário decidir qual prevalece. No caso em comento, ao se tratar do direito à verdade e à memória, não há que se falar em conflito entre o direito interno e o direito internacional, sendo que ambos os ordenamentos confluem para a tutela de referidos direitos enquanto fundamentais à concretude da dignidade da pessoa humana.

Ou seja, para além dos esforços realizados pelo Estado com a criação de uma CNV (conforme destaque infra) o direito à verdade como direito fundamental tem aplicabilidade imediata, sendo que, devido ao seu caráter individual e coletivo, concede a qualquer cidadão o direito de ter esclarecido fatos de seu interesse ou da sociedade por parte da autoridade responsável.

Para além da cláusula de abertura e dos tratados internacionais, há disposições explícitas no próprio texto constitucional que dão suporte ao direito à memória e à verdade. A princípio, são elas as normas fundamentais que garantem o acesso à informação, a participação cidadã na Administração Pública e o dever de essa atuar orientada pela publicidade e transparência de seus atos (art. 5º, incisos XIV⁴⁴ e XXXIII⁴⁵, art. 37, *caput*⁴⁶, e § 3º, e art. 216, § 2º, todos da Constituição Federal- CF)⁴⁷. Ainda, é relevante a construção argumentativa que sustenta o direito à verdade também enquanto informador da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da cidadania (art. 1º, incisos II e III⁴⁸, e *caput* do art. 5º⁴⁹, CF).⁵⁰

⁴⁴CF, Art. 5º, inciso XIV: “É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

⁴⁵CF, Art. 5º, inciso XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

⁴⁶ CF, Art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...”).

⁴⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, 05 de outubro de 1988. Brasília: Edições Câmara, 2015.

⁴⁸ Fundamento da própria República, nos termos do artigo 1º da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em



O art. 5º, inciso XXXIII, da CF, ao estabelecer o direito de receber informações dos órgãos públicos, faz a ressalva de que haverá óbice a tal direito nos momentos em que houver ameaça à segurança da sociedade e do Estado. Estas situações de negação ao acesso à informação, contudo, são exceções postas à regra, o que já fora decidido, inclusive, em sede constitucional pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹. Isso porque não há maior ameaça a uma sociedade do que a própria insegurança advinda da omissão dissimulada sem justificativa legal e plausível, que torna o Estado senhor único de seus atos sem os reportar aos seus jurisdicionados. É o que se percebe com as reiteradas negativas por parte do Estado em fornecer documentos ou esclarecimentos de fatos sob a alegação de destruição dos arquivos da época da ditadura e então tais documentos aparecerem na mídia, pois foram concedidos por militares que se encontravam em cargos da Administração Pública na época da ditadura.

A ameaça a que se refere o dispositivo em comento não pode se consubstanciar na falsa escusa de que os indivíduos seriam incapazes de conviver com a veracidade das informações que estão sob a guarda do Estado. A situação de sigilo é, pois, excepcional⁵² e, enquanto tal, deve necessariamente amparar-se em situações claras e justificadas explícita e pormenorizadamente⁵³⁵⁴, levando-se em conta, ainda, a otimização da transparência nos atos da Administração Pública e do princípio republicano, já que as informações guardadas pelo Estado fazem parte do que é público por essência.

Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana".

⁴⁹ Preâmbulo constitucional e *caput* do artigo 5º, CF: "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 (...)".

⁵⁰ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *O Direito Fundamental à Verdade: divulgação e acesso à informação*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 11.949 - RJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia. 13/03/2017.

⁵² LAFER, Celso. *Filosofia e Teoria Geral do Direito: um percurso no Direito do século XXI*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2015. p. 96-110.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL 11.949 - RJ. Relatora Ministra Carmen Lúcia. 13/03/2017.

⁵⁴ CASTRO, Carlos Roberto Ibanez. *O Direito Fundamental à Verdade: divulgação e acesso à informação*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. p. 135.



Não é lícito, nem legítimo proceder ao alijamento da população nesses tópicos, eis que os princípios da publicidade e transparência são os pilares da fiscalização dos atos de poder, sendo indispensável notá-los a partir da veracidade das informações prestadas para que possam atingir os fins a que se destinam.

O princípio republicano, por representar um compromisso ético de busca pelo bem comum, somado ao compromisso democrático de traduzir no povo o exercício soberano, impõe que aquilo sob a guarda do Estado é, ao fim e ao cabo, do povo. Assim, toda informação que guarda relação com a atuação estatal é, a princípio, “de interesse público, coletivo ou geral (...), um bem comum de todos e um elemento imprescindível”⁵⁵ à caracterização do direito à verdade, que tem raízes extraídas também do *caput* do art. 1º da Constituição.

É preciso, pois, que haja acesso à informação e que tal informação seja, por óbvio, ancorada na veracidade, eis que é direito de cada indivíduo ter a possibilidade de julgar os acontecimentos históricos e os atos estatais como bem entender, para que cada um possa, enfim, exercer com dignidade a cidadania. É assim que o direito à verdade se coloca também como basilar à existência digna, cidadã e livre⁵⁶. É nesta ideia que se ancoram os dispositivos constitucionais que preveem a publicidade enquanto princípio regente da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) e o direito da cidadania ao acesso a informações (art. 5º, incisos XIV e XXXIII, CF), eis que a negativa de informações aos indivíduos parte do pressuposto escuso de que os governados são súditos incapazes de lidar com a verdade factual, justificando o agir secreto, e até mentiroso, do Estado⁵⁷.

Decorrente do direito ao acesso à informação tem-se no âmbito infraconstitucional a Lei n.º 12.527, que dispõe a forma de efetivação de tal normativa constitucional. Possui como diretrizes que o acesso é a regra e o sigilo a exceção, ou seja, prioriza a máxima divulgação. E quando não for possível a disponibilização na integralidade,

⁵⁵ SANTOS, Cláiz M. P. G dos. *O Reconhecimento do Direito à Verdade como um Direito Fundamental Implícito no Ordenamento Jurídico Brasileiro*.

⁵⁶ LAFER, Celso. *Direitos Humanos: um percurso no Direito do século XXI*. Vol. 1. Atlas: São Paulo, 2015. p. 142-145.

⁵⁷ LAFER, Celso. *Filosofia e Teoria Geral do Direito: um percurso no Direito do século XXI*. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2015. p. 97-100.



por parte dela ser sigilosa, essa será ocultada e concedida cópia da parte não imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Impende destacar que o §2º do art. 21 dispõe de forma clara que “as informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso”. Ainda que fossem considerados os prazos de restrição de acesso à informação, a máxima é de 25 (vinte e cinco) anos a partir da data de sua produção, conforme art. 24, *caput* c/c §1º, inciso I, ou seja, os documentos referentes à ditadura civil-militar brasileira já deveriam estar disponibilizados à população.

Diante de todo o exposto, o direito à verdade é direito fundamental tanto pela cláusula de abertura, quanto por ser implícito e decorrente de outros direitos e princípios expressos na Constituição.

(i) Comissão da Verdade.

Não se deve menosprezar a contribuição das iniciativas mencionadas pelo Estado, de caráter civil e administrativo – especialmente os trabalhos da CNV. Afinal, as Comissões da Verdade (CdV) são um “mecanismo importante, entre outros existentes, para cumprir com a obrigação do Estado de garantir o direito a conhecer a verdade do ocorrido”⁵⁸, já que podem “contribuir com a construção e a preservação da memória história, com o esclarecimento de fatos e com a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade”⁵⁹.

⁵⁸ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 62.

⁵⁹ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, nº 166, par. 128; Corte IDH. *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C, nº 202, par. 119. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Serie C, nº 209, párr. 74; Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, par. 297; Corte IDH. *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C, nº 232, par. 135; Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e proximidades Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012 Série C, nº 252, par. 298.



Não obstante, os órgãos do Sistema dispuseram recorrentemente que o respeito e a garantia do direito à verdade obrigatoriamente requerem efetivas, diligentes e tempestivas investigações judiciais⁶⁰. Nos termos do que já foi decidido pela Corte IDH, “a ‘verdade histórica’ contida nos informes produzidos pelas CdV não completa ou substitui a obrigação do Estado de estabelecer a verdade e assegurar a determinação judicial de responsabilidades individuais ou estatais por meio dos processos pertinentes”⁶¹, de forma que o Estado deve iniciar e impulsionar investigações penais para determinar as correspondentes responsabilidades⁶².

O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade elencou 29 recomendações a serem cumpridas pelo Estado, muitas das quais constituem verdadeiras garantias de não-repetição. Na oportunidade, a CNV consignou a persistência do quadro de graves violações de direitos humanos, de modo que tais recomendações visariam “prevenir graves violações de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover o aprofundamento do Estado democrático de direito”⁶³.

Dentre as reformas normativas, destacam-se as recomendações relativas à revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83)⁶⁴, tipificação das figuras penais correspondentes aos crimes contra a humanidade e ao crime de desaparecimento forçado⁶⁵, a extinção da Justiça Militar a nível estadual⁶⁶ e a exclusão de civis sob jurisdição da Justiça Militar a nível federal⁶⁷. Refira-se que tais reformas legislativas devem passar não apenas pelo crivo das disposições constitucionais, mas sobretudo pelas obrigações advindas da CADH, em virtude da

⁶⁰ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 64.

⁶¹ Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C, nº 166, párr. 128; Corte IDH. *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C, nº 232, par. 135; Corte IDH. *Caso AlmonacidArellano e outros Vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154, par. 150, Corte IDH. *Caso Massacres de Rio Negro Vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C, nº. 250, par. 259.

⁶² Corte IDH. *Caso Massacres de El Mozote e proximidades Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012 Série C, nº 252, par. 298.

⁶³ BRASIL. Comissão Nacional Da Verdade. **Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade**. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/textos-do-colegiado/586-epub.html>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶⁴ Recomendação nº 37.

⁶⁵ Recomendação nº 38.

⁶⁶ Recomendação nº 40.

⁶⁷ Recomendação nº 41.



previsão emanada de seu artigo 2º, atinente ao dever de prover mudanças no direito interno do Estado, ajustando-o aos comandos da Convenção.

Destarte, nota-se que muito deve ser feito no campo das reparações dos atos ilícitos cometidos durante o período de exceção. As comissões da verdade são os primeiros estágios do processo transicional, desencadeando as demais fases que o compõem, como a reparação integral às vítimas, a responsabilização pelos crimes cometidos e a realização de reformas a níveis normativo e institucional⁶⁸.

Há clara limitação na atividade da CNV reconhecida por esta Corte ao apreciar, em sede de supervisão de cumprimento de sentença, as medidas tomadas pelo Estado brasileiro após a decisão tomada no caso “Gomes Lund e Outros vs. Brasil”. Ao enfatizar a importância da constituição de uma comissão da verdade para esclarecer os fatos ocorridos durante o regime de exceção, o Tribunal destacou que “as conclusões da referida Comissão poderiam ter impacto nas medidas de reparação ordenadas nos pontos dispositivos nono, décimo e décimo sexto da Sentença, relacionados à investigação penal dos fatos e violações do presente caso, à localização e identificação do paradeiro das vítimas e à sistematização e publicação de informação relacionada à Guerrilha do Araguaia”⁶⁹.

Neste cenário, os trabalhos da CNV, antes de concluir o processo transicional brasileiro – ainda que fosse possível falar em uma transição perfeita –, não prescindem da tomada de outros atos destinados à elucidação da verdade histórica, associando esta também ao direito dos familiares de verem a efetivação da investigação, processamento e sanção dos responsáveis por violações de direitos humanos de seus entes, conforme previsto nos artigos 5.1, 8º e 25 da CADH.

⁶⁸ “In Argentina, Chile, and Morocco, largely on the basis of the findings of these countries’ truth commissions, the state has paid significant reparations to thousands of victims or families of those killed or disappeared. A number of significant prosecutions have followed from truth commissions. Important judicial reforms were put in place in El Salvador following the truth commission recommendations. In South Africa, very few people will now defend or try to justify the system of apartheid, or question the fact that egregious practices such as widespread torture were used to sustain apartheid. In many countries, the commission’s work and report have received a great amount of attention.” (HAYNER, Priscilla B. **Unspeakable truths:** transitional justice and the challenge of the truth commissions. 2. ed. Nova York: Routledge: 2011. p. 5).

⁶⁹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17 de outubro de 2014*, par. 134.



Desta maneira, a recente passagem do paradigma da reparação para o paradigma do direito à verdade⁷⁰, em suas acepções individual e coletiva, exige que a política estatal contemple e dê seguimento aos eixos que ainda não mereceram a devida atenção, a saber, as medidas de investigação, processamento e julgamento dos agentes envolvidos em graves violações de direitos humanos, bem como a necessidade de reformas de instituições e de diplomas legislativos, inserindo-os na cultura de respeito e garantia dos direitos humanos.

O direito à verdade não é suficientemente respeitado apenas pela promoção de iniciativas civis e administrativas para o estabelecimento de responsabilidades institucionais, sociais e políticas (a chamada “verdade histórica”, nos termos do já decidido pela Corte IDH), mesmo que estas incluam reconhecimento expresso da responsabilidade do Estado em relação a vítimas específicas.

O Estado tem a obrigação de esclarecer, investigar, julgar e sancionar as pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos com o fim de garantir o direito das vítimas e de seus familiares, bem como da sociedade como um todo, a conhecer a verdade a respeito destes fatos e a respeito da identidade dos perpetradores que os realizaram⁷¹: sem determinação judicial da responsabilidade criminal dos perpetradores de violações aos direitos humanos não há garantia integral do direito à verdade. Desta forma, ao não permitir o processamento de investigações acerca da identidade e da responsabilidade individual dos agentes envolvidos na tortura e na morte de Vladimir Herzog, valendo-se da inconvencional Lei de Anistia e da injustificada negativa das autoridades em fornecer documentos que são obrigadas a manter e a disponibilizar, o Estado brasileiro é

⁷⁰ TORELLY, Marcello D. Das comissões de reparação à comissão da verdade: as contribuições dos acervos da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão da Anistia para a Comissão Nacional da Verdade. In: SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michel; DIMOULIS, Dimitri. **Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 418-419; WEICHERT, Marlon Alberto. Comissões da verdade e comissões de reparação no Brasil. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição.** Brasília: UnB, 2015, p. 314-318.

⁷¹ CIDH. *Direito à verdade nas Américas*. Série L, doc. 2, 2014, p. 33; Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70, par. 201. Corte IDH. Caso Goiburú e outro Vs. Paraguai. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C, nº 153, par. 165; Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149, par. 246.



internacionalmente responsável pela violação do direito à verdade dos familiares de Vladimir Herzog e da sociedade brasileira como um todo.

Em linha com o que já decidiu esta Md. Corte, verifica-se que as condutas do Estado que violaram o direito à verdade dos familiares de Herzog violaram também, consequentemente, a integridade pessoal destes indivíduos, tendo em vista que a privação da verdade pode constituir uma forma de tratamento cruel e desumano⁷². Salienta-se o depoimento da Sra. Clarice Herzog ao recordar a dor e sofrimento tanto dela, de sua sogra e de seus filhos devido à repercussão social do suposto suicídio de Vladimir Herzog, ao que os colegas de aula das crianças chamavam seu pai de “louco” por tal ‘fato’. Quanto à mãe de Herzog, a adequação da certidão de óbito de seu filho foi uma vitória, ao comprovar que ele não se rendeu e nem abandonou seus princípios e lutas frente às perseguições.

Neste sentido, dentre as diversas e demais reparações que os Estados devem implementar frente a violações de direitos humanos, uma delas é a garantia do direito à verdade, pois significa reconhecer o valor das pessoas tanto como indivíduos, vítimas e titulares de direito⁷³. Especificamente, deve o Estado possibilitar o conhecimento das circunstâncias de modo, tempo, lugar, motivações e identificação dos perpetradores para que haja reparação integral das violações cometidas⁷⁴. Desta forma, deve o Estado brasileiro promover as devidas reparações cabíveis para o fim de esclarecer e divulgar a verdade sobre os fatos ocorridos durante o regime de exceção – especialmente aqueles relativos à morte e à tortura de Vladimir Herzog.

⁷² 60 Corte IDH. Caso *Trujillo Oroza Vs. Bolivia*. Mérito. Sentença de 26 de janeiro de 2000. Serie C No. 64, par. 114; Caso *González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Serie C No. 240, par. 270; Caso *Contreras y otros Vs. El Salvador*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2011 Série C No. 232, par. 123.

⁷³ ONU, Conselho de Direitos Humanos. *Informe do relator especial sobre a promoção da verdade, justiça, reparação e garantias de não repetição*, Pablo de Greiff, A/HRC/21/46, 9/08/2012, par. 30.

⁷⁴ CIDH, Informe n.º 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero e Galdámez, El Salvador, 13/04/2000, par. 148.



3. VERDADE E ANISTIA

O modelo de justiça de transição do regime autoritário – iniciado em 1º de abril de 1964 – para a democracia instaurada no Brasil em 1988, com a promulgação da nova Constituição, foi pautado pela existência de barreiras até hoje intransponíveis no que diz respeito à responsabilização penal dos agentes da repressão política. As diversas, porém tardias, ações do Estado brasileiro relativas ao estabelecimento da verdade e memória dos fatos ocorridos no contexto de perseguição política durante o período de exceção foram limitadas – como consequência da adoção deste modelo – à criação de Comissões, Memoriais e outras iniciativas saudosas, porém insuficientes para garantir o integral cumprimento dos deveres relativos ao direito à verdade das vítimas da repressão e de toda a sociedade brasileira.

A base sobre a qual se edificou o modelo brasileiro de transição foi dada, infraconstitucionalmente, pela Lei de Anistia⁷⁵, que remitiu todos aqueles que cometaram crimes políticos ou conexos e crimes eleitorais durante o período de 02 de setembro de 1961⁷⁶ a 15 de agosto de 1979, excetuando-se crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal⁷⁷ já julgados⁷⁸. A elaboração e aplicação da Lei foi moldada pela jurisprudência de maneira que os efeitos alcançassem tanto perseguidos pelo regime autoritário como seus perseguidores, diferentemente do constante na Constituição de 1988 que, inaugurando o regime democrático, previu anistia aos “atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares”, desde 18 de setembro de 1946⁷⁹.

Em 29 de abril de 2010, com o já mencionado julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 pelo Supremo Tribunal Federal, sedimentou-se a interpretação de anistia na forma de graça inclusiva aos

⁷⁵ Lei Federal nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

⁷⁶ Data da instituição da Emenda Constitucional nº 4 que instituiu o sistema parlamentarista de governo no Brasil.

⁷⁷ Lei Federal nº 6.683/79, art. 1º, caput, §1º e §2º.

⁷⁸ Esta foi uma das inconsistências internas da redação legislativa, que permitiu tratamento diferenciado entre os que já haviam se submetido a uma responsabilização penal completa – os membros da resistência ao regime, evidentemente – e os que não.

⁷⁹ Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 18 de setembro de 1946 foi a data de promulgação da 5ª Constituição Brasileira.



perseguidores, entendida na recepção da lei em face ao novo ordenamento constitucional, sob argumentos de que se compunha “na origem da norma fundamental”, bem como na existência de um pacto fundante do regime democrático; e de que a bilateralidade negociada da anistia (sua amplitude) foi o preço que custou aos “subversivos”, sendo suas escolhas “ceder e sobreviver ou não ceder e continuar a viver em angústia (em alguns casos nem mesmo viver)”⁸⁰. Consolidou-se, novamente pelo poder judiciário brasileiro, o modelo de transição que rechaça o enfrentamento completo do passado, permitindo que fosse negada às vítimas de violações de direitos humanos no período ditatorial a justa proteção de seus direitos.

Ressalta-se que uma argumentação sobre a relevância do suposto pacto nacional que originou a anistia bilateral não se sustenta quando arrostrada ao próprio movimento que deu origem a esta contestação judicial da recepção da Lei 6.683/79. Foi no âmbito da Comissão da Anistia, quando trazida pela primeira vez pelo poder público a questão da responsabilização dos perseguidores da ditadura, na Audiência Pública “Limites e Possibilidades para a Responsabilização Jurídica dos Agentes violadores de Direitos Humanos durante o Estado de Exceção no Brasil”, de 31 de julho de 2008, que se organizaram setores da sociedade civil e do Estado para suscitar o Supremo Tribunal Federal a garantir o cumprimento de obrigações internacionais assumidas pelo Brasil⁸¹. É a prova de que a concretização da verdade e memória não se limita a projetos de reconstrução histórica, mas que deles partem iniciativas que permitirão uma solução integral ao problema da transição.

Como processo histórico, a anistia bilateral foi resultado do controle que o regime ditatorial exerceu durante o período da transição democrática brasileira, desvirtuando a pauta originária – de anistia ampla, geral e irrestrita para os perseguidos políticos – para abraçar crimes que não poderiam jamais ser alvo de

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF 153/DF, Julgamento de 29 de abril de 2010. Voto do Ministro Relator Eros Grau, p. 37.

⁸¹ ABRÃO, Paulo. TORELLY, Marcelo. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: PAYNE, Leigh A. ABRÃO, Paulo. TORRELLY, Marcelo D. *A Anistia na Era da responsabilização: O Brasil em Perspectiva Internacional e Comparada*. Brasília e Oxford: Ministério da Justiça do Brasil, Comissão da Anistia; Oxford University. 2011, p. 226.



anistia. Tratou-se da tentativa de, no escopo de uma transição gradual e lenta – e que acabaria por blindar agentes do Estado perpetradores de violações de direitos humanos –, impor notório processo de esquecimento apoiado num falseamento histórico⁸².

A anistia já nasce, então, associada à ruptura de memória e da verdade. Ainda que se tenha como fato que a anistia foi incorporada ao longo dos anos por muitos movimentos políticos como uma vitória popular⁸³, tal constatação não afasta o entendimento de que se tratou de um processo controlado pela própria ditadura, a estabelecadora da visão de que a anistia deixaria em tábula rasa o passado, apontando exclusivamente para um futuro que passa a ser de esquecimento.

O processo de transição brasileiro notadamente de caráter sobretudo reparatório, apesar de em si não ser demérito e de se apresentar como mais uma verificação de que os países desenvolvem processos transicionais diversos, revela que o Estado brasileiro furtou-se de confrontar a brutalidade dos atos ocorridos na ditadura com a efetiva abertura e ampla exposição dos fatos que a responsabilização penal de perpetradores de tortura, execuções e desaparecimentos permite e, pelo devido processo legal, necessita.

Entretanto, a construção desse esquecimento imposto, por um lado, é impossível em si, e, por outro, não permite que, diante da memória e da verdade, faça-se nascer o novo que evite a continuação e o retorno destas violações⁸⁴. O processo de esquecimento imposto sobre a memória não é capaz de a silenciar⁸⁵ inteiramente, sendo impossível abandoná-la⁸⁶.

⁸² *Ibidem.* pp. 232 e 235.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ ENDO, Paulo. A dor dos recomeços: luta pelo reconhecimento e pelo devir histórico no Brasil. In *Revista Anistia, Política e Justiça de Transição*. n. 2. Jul/Dez 2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

⁸⁵ “O silêncio sobre os mortos e torturados do passado, da ditadura, acostuma a silenciar sobre os mortos e os torturados de hoje”. In TELES, Edson e SAFATLE, Vladimir Pinheiro (Org.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo (2010): 177-186.p. 183.

⁸⁶ “A memória efetiva não se deixa controlar, somente se deixa calar – às vezes também manipular, mas volta. Ela não se deixa controlar nem pelas ordens do eu consciente, nem pelos mandos do soberano, rei, padre ou militar. É essa independência do lembrar que sempre preocupou, certamente de diversas maneiras, tanto os filósofos quanto os políticos – e também os psicanalistas.



É comum se ouvir que a anistia gera perdão e reconciliação, mas essa afirmação não é verdadeira, uma vez que nem perdão e nem reconciliação podem ser impostos⁸⁷. O papel da anistia é tão somente, se necessário, criar condições mínimas para uma retomada de convivência a partir da qual memórias poderão ser elaboradas⁸⁸.

Assim os modelos de anistia e verdade não despontam como antagônicos, como infere-se da representação do Estado brasileiro, mas complementares. As leis de anistia se projetam para o futuro e permitem que sociedades democraticamente consolidadas lidem com os legados autoritários do passado. A manutenção perene (sem a possibilidade de revisão) e integral (abarcando toda natureza de crimes) da anistia é incompatível com a memória, o direito à verdade e o debate dos legados autoritários, devendo haver responsabilização no âmbito penal, em prol do reconhecimento das vítimas da ditadura que manifestaram seu direito de resistência em face a governo autoritário e violento. A anistia como forma político-jurídica de esquecimento tira do alcance da justiça e das vítimas o reconhecimento de crimes praticados durante o regime de exceção, sob a justificativa da criação de uma paz civil⁸⁹.

Nota-se que, como acima mencionado, a Corte IDH constatou a íntima vinculação que possui o processo e a responsabilização penal com a verdade. Em Gomes Lund vs. Brasil, esta Corte, lançando mão de opinião do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, conclui que ao ditar impunidade, a anistia em moldes como da brasileira obstaculiza o direito à verdade, pois dificulta uma investigação mais profunda dos fatos⁹⁰.

A ausência da responsabilização dos agentes envolvidos na violação de direitos humanos revela uma insuficiência intrínseca do modelo de justiça de transição

As lembranças são como bichos selvagens que voltam a nos atormentar quando menos queremos". GAGNEBIN, Jeanne Marie. "O preço de uma reconciliação extorquida." *Ibidem*, p. 184.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 181-183.

⁸⁸ *Idem*.

⁸⁹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia - As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 66.

⁹⁰ Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C, No. 211, par. 151.



adoptado pelo Estado. Concebendo estes processos como tendo dimensões de reparação, resgate da verdade e a construção da memória, regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante a lei e a reforma das instituições que atuaram na perseguição e violação de direitos humanos, tem-se que o Brasil não encontrou os parâmetros ideais para tratar dos fatos ocorridos no passado de repressão política, muito em razão dos impedimentos criados na vigência do próprio regime e reproduzidos até hoje.

Há dezenas de categorias de reparação – centradas na compensação monetária ou incremento do cálculo previdenciário – previstas pela Lei 10.559/02 e destinadas às vítimas da repressão que recebem, nos seus termos, o reconhecimento de anistiadas políticas; bem como estabelecimento de diversas Comissões e projetos destinados à coleta e publicação de narrativas e informações na busca da formação da verdade, por mais que se encontrem obstáculos nesta seara até hoje. Ainda, houve a efetiva extinção dos órgãos de proeminência na perseguição política, como o Serviço Nacional de Informações (SNI) e os DOI-CODI e DOPS. Por outro lado, tratando-se da regularização da justiça, o Estado brasileiro é catatônico.

Analizando esta função da regularização da justiça como exercício de afloramento da verdade e de construção da memória, vale destacar que os períodos de transição são momentos exemplares para a reflexão da importância da concretização da justiça para a construção da memória. São nos períodos de mudança que se observam e retêm as reivindicações do passado e seus confrontos com as necessidades do presente e do futuro de maneira mais visível⁹¹.

Compatibilizar a anistia com a verdade é o caminho pelo qual será possível garantir a consolidação do país como garantidor de direitos humanos, e evitar a não-repetição desse longo episódio de repressão e autoritarismo cujas marcas resistem no âmago da população brasileira.

⁹¹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *Anistia - As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro*. Curitiba: Juruá. 2009. p. 65.



4. COISA JULGADA FRAUDULENTA

A doutrina da responsabilização internacional do Estado por atos ilícitos, abarcados aqui ações e omissões que importam em graves violações dos direitos humanos, avançou no sentido de reconhecer que os atos do Poder Judiciário podem atrair a aludida responsabilidade do Estado perante determinado órgão internacional. A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, por meio de seu *special rapporteur*, já se pronunciou acerca da impossibilidade de se excluir a responsabilidade internacional do Estado por meio do acolhimento da autoridade da coisa julgada nacional⁹².

No caso em tela, a oposição da coisa julgada frente ao dever de investigar, processar e punir as violações de direitos humanos cometidas em face do Sr. Vladimir Herzog afrontou as disposições constantes dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Ademais, no presente feito, há de se concluir pela inoponibilidade da coisa julgada perante esta instância jurisdicional, na medida em que se encontram ausentes os requisitos que a caracterizam. Vale dizer, tratando-se de jurisdições distintas, as quais são regidas por diferentes instrumentos normativos, tem-se que o presente caso *não reproduz* demanda idêntica, mormente quando ausentes a identidade de partes, de causa de pedir entre a demanda interna e a demanda internacional e de pedido.

Ao examinar questão semelhante, este Tribunal já desestimou tal alegação, em sede de exceção preliminar, feita pelo Estado do Peru acerca da definitividade de uma

⁹² “No-one now supports the old theories which purported to establish an exception in the case of legislative organs on the basis of the ‘sovereign’ character of Parliament, or in the case of jurisdictional organs by virtue of the principle of independence of the courts or the *res judicata* authority of their decisions. The cases in which certain States have resorted to arguments based on principles of this kind, and have found arbitral tribunals willing to accept them, belong to the distant past. Today, the belief that the respective positions of the different powers of the State have significance only for constitutional law and none for international law (which sees the State only in its entity) is firmly rooted in international jurisprudence, the practice of States and the doctrine of international law”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Third Report on State Responsibility: The International Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility*. Disponível em: <http://legal.un.org/docs/?path=..ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1971_v2_p1.pdf&lang=EFS>. Acesso em: 22 de maio de 2017.



sentença penal condenatória proferido no foro militar, em prejuízo do Sr. CestiHurtado⁹³.

No mesmo sentido se encaminha a construção elaborada pelo sistema europeu de proteção aos direitos humanos, conforme se depreende da Resolução nº 02/2000 do Comitê de Ministros, órgão responsável pelo monitoramento da execução dos julgamentos proferidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos.⁹⁴

Esta exigência advém da própria noção de “acesso à justiça”, traçada a partir da interpretação dos aludidos artigos, a qual integra o conteúdo material do *jus cogens*.

Não é por outra razão que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos, tenha consolidado o entendimento de que os Estados-partes têm a obrigação de oferecer às vítimas de violações de direitos humanos recursos judiciais efetivos (interpretação do artigo 25), recursos estes que devem estar em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1. da CADH)⁹⁵.

⁹³ “46. En las dos excepciones preliminares de que se ocupa la Corte en este momento, el Estado ha hecho referencia al principio de cosa juzgada (*res judicata*). El Estado argumenta que la pena privativa de libertad impuesta al señor Cesti Hurtado “es en mérito de una sentencia que goza de la autoridad de cosa juzgada por cuanto ha sido revisada en última instancia del fuero militar. Dicha sentencia es inamovible, irreversible” (*supra* 41.b). De este alegato derivaría, como consecuencia necesaria, que no es posible que la Corte admita y tramite la demanda que la Comisión ha presentado en favor de la supuesta víctima. 47. La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. En el presente caso, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la Ley peruana (ya sea ésta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado las obligaciones internacionales que contrajo al constituirse en Estado Parte en la Convención Americana.”

⁹⁴ “The practice of the Convention organs has demonstrated that it is primarily in the field of criminal law that the re-examination of a case, including the reopening of proceedings, is of the greatest importance. The recommendation is, however, not limited to criminal law, but covers any category of cases, in particular those satisfying the criteria enumerated in sub-paragraphs (i) and (ii). The purpose of these additional criteria is to identify those exceptional situations in which the objectives of securing the rights of the individual and the effective implementation of the Court's judgments prevail over the principles underlying the doctrine of *res judicata*, in particular that of legal certainty, notwithstanding the undoubted importance of these principles”. Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights. Adopted on 19 jan. 200 at the 694th of the Ministers' Deputies.

⁹⁵ MATA, Alfonso Chacón. *La cosa juzgada fraudulenta en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: implicaciones para el Estado de Derecho contemporáneo*.



Em mais de uma ocasião, a Corte IDH consignou que a garantia do devido processo legal deve ser analisada de acordo com o objetivo e finalidade da CADH, qual seja, a proteção eficaz da pessoa humana⁹⁶. Disto deriva o princípio da interpretação *pro personae* como bem ressaltou a Corte IDH no Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. É dentro deste contexto que vai ser desenvolvido dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a conceituação da coisa julgada fraudulenta, também conhecida por coisa julgada aparente.

Antes de se adentrar neste escopo, importante consignar que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos não é o único sistema jurídico a operar com esta categoria. Tal instituto também possui destaque dentro do Direito Penal Internacional. A diferença é que o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (artigo 10), o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (artigo 10) e o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional (artigo 20) previram expressamente a possibilidade de se relativizar a coisa julgada penal, ao passo que não existe nenhum dispositivo convencional desta natureza dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

O artigo 20 do Estatuto de Roma dispõe que o Tribunal Penal Internacional não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal pela prática dos atos delituosos criminalizados nos artigos 6º, 7º e 8º daquele mesmo diploma legal. Contudo, este mesmo dispositivo traz em sua redação três exceções ao princípio do *non bis in idem*: a) quando o julgamento tenha tido por objetivo subtrair o acusado da sua responsabilidade criminal por crimes da competência do TPI; b) quando o processo penal que culminou na sentença transitada em julgado não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial e em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional; e c) quando o processo penal tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso

Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada, v. XVIII, n. 35, p. 172, 2015.

⁹⁶ Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 05 de julho de 2014. Série C No. 109, § 173. E Corte IDH. Caso Massacre de la Rochela vs. Colômbia. Mérito, reparações e custas. Sentença de 28 de janeiro de 2008. Série C No. 175, § 200.



concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Para além destas exceções previstas pelo Estatuto de Roma, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, documentos legais anteriores ao Estatuto do TPI, traziam em seus dispositivos a possibilidade de julgar novamente aqueles casos em que se tratou a conduta delituosa como crime ordinário e não como crime contra o direito internacional humanitário.

Como já mencionado, não existe documento internacional algum dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que discipline a questão da coisa julgada fraudulenta. Coube, portanto, à Corte IDH o desafio de construir jurisprudencialmente o que poderia caracterizar a coisa julgada fraudulenta e como o Estado poderia ser responsabilizado por violações ao devido processo legal. São sete os casos em que a Corte IDH se pronunciou a respeito da temática: Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala; Gutiérrez Soler vs. Colômbia; AlmonacidArellano e outros vs. Chile; La Cantuta vs. Peru; Escher vs. Brasil; NadegeDorzema vs. República Dominicana; e Massacre de El Mozote e Lugares Aledaños vs. El Salvador.

No Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala, a Corte IDH sustentou que a legislação e a jurisprudência internacionais permitiam que aquela Corte analisasse se a hipótese em discussão caracterizaria ou não a figura da coisa julgada fraudulenta. A Corte IDH afirmou que se vislumbraria a existência de coisa julgada fraudulenta quando o julgamento pelas instâncias nacionais não tivesse respeitado as regras do devido processo legal ou quando os juízes não tivessem atuado com a devida independência e imparcialidade⁹⁷.

Tendo analisado o contexto fático neste caso trazido, a Corte IDH entendeu ter sido satisfatoriamente demonstrado que os julgamentos levados a cabo pelos tribunais guatemaltecos estavam contaminados por graves vícios. Por consequência, afirmou

⁹⁷ Corte IDH. Caso *Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C No. 117, § 131.



que o Estado não poderia se defender da suposta violação à obrigação de investigar e sancionar trazendo como prova a prolação das sentenças, vez que as mesmas não atendiam ao *standard* da CADH. Sustentou, ainda, que a situação geral do sistema de justiça guatemalteco demonstrava a sua incapacidade de manter a sua independência e imparcialidade face a pressões políticas, circunstância que corroborou para a constatação da presença de coisa julgada fraudulenta⁹⁸.

O voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramirez no Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia explica que a coisa julgada fraudulenta se faz presente quando algumas sentenças condenatórias ou absolutórias se baseiam em algum “engano”, sendo que este “engano” é produto da maquinção das autoridades que investigam, acusam e julgam. O processo, nestes casos, é conduzido de uma certa forma e de modo a atender um objetivo específico que não é o objetivo da justiça⁹⁹.

Observa-se que no julgamento do Caso AlmonacidArellano e outros vs. Chile a Corte IDH deu um passo a mais e definiu as hipóteses em que se caracterizaria a coisa julgada fraudulenta, hipóteses estas que são idênticas às dispostas pelo artigo 20 do Estatuto de Roma¹⁰⁰. Para além disso, a Corte IDH asseverou que se aparecerem novos fatos ou provas que possam permitir a determinação dos responsáveis pelas violações de direitos humanos e por crimes contra a humanidade, devem ser reabertas as investigações mesmo se existir uma sentença absolutória protegida pela coisa julgada, pois esta reabertura atenderia aos interesses da justiça, aos direitos das vítimas e à letra e ao espírito da CADH.

Tem-se, então, que dentro do Sistema Interamericano é possível se relativizar a coisa julgada em determinadas hipóteses, hipóteses estas em que se enquadra este caso.

As investigações que buscaram a identificação do responsável pelo homicídio de Vladimir Herzog apresentaram várias falhas. Em primeiro lugar, há de se frisar que

⁹⁸ Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C No. 117, § 132.

⁹⁹ Corte IDH. *Caso Gutiérrez Soler vs. Colômbia*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C No. 132. Voto Concorrente Juiz Sergio Garcia Ramirez, § 17.

¹⁰⁰ Corte IDH. *Caso AlmonacidArellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154, § 154.



houve uma tentativa de acobertamento da morte do jornalista pelo Estado Brasileiro, uma vez que foi simulado na cena do crime uma cena de suicídio. A este respeito, cumpre ainda relembrar que os peritos que atestaram como causa do óbito a asfixia sequer chegaram a ter contato com o corpo. Ademais, várias testemunhas foram coagidas ao longo das investigações, assim como diversas evidências sumiram.

Os crassos erros não se limitaram, contudo, à fase investigatória. O Poder Judiciário Brasileiro também obstou a possibilidade de se condenar o homicida confesso Pedro Antônio Mira Grancieri, vulgo “Capitão Ramiro”, ao conceder um *habeas corpus* que culminou no trancamento da ação penal perante a Justiça do Estado de São Paulo. Como *ratiodecidendi* foi utilizada a Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79). Neste aspecto, sublinha-se que em outra oportunidade, mais precisamente no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou pela inconvencionalidade da Lei de Anistia Brasileira devido ao fato de esta proporcionar a impunidade de graves violações de direitos humanos.

Outro ponto que merece ser destacado é o fato de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não era competente para conceder o *habeas corpus*, tampouco era competente a justiça estadual paulista para eventual persecução criminal, tendo em vista que por força do cargo que ocupava “Capitão Ramiro” quando da prática do delito a competência material seria da justiça federal.

Como já mencionado, a Corte IDH, no Caso AlmonacidArellano e outros vs. Chile, defendeu que o julgamento por tribunal incompetente e a existência de uma lei que tinha por objetivo garantir a impunidade eram circunstâncias suficientes a ensejar a reabertura das investigações e novos julgamentos. O que se pede, então, é que tal entendimento seja aplicado ao presente caso e seja possibilitado finalmente o acesso à justiça aos familiares da vítima e à sociedade brasileira como um todo.

Destarte, por todo o exposto, deve o Estado Brasileiro, igualmente, ser condenado a introduzir em seu ordenamento jurídico legislação específica sobre a relativização da coisa julgada em casos de coisa julgada fraudulenta a exemplo da legislação colombiana, de modo a possibilitar um efetivo acesso à justiça às vítimas e aos familiares de vítimas.



CONCLUSÃO E PETITÓRIO À CORTE INTERAMERICANA

Requer-se, na qualidade de *amicus curiae*, que esta egrégia Corte Interamericana declare a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelas violações de direitos elencadas em face de Valdimir Herzog e seus familiares.

Ante o exposto, considera-se oportuno que, ao estabelecer medidas de reparação, ahonorável Corte IDH ordene ao Estado Brasileiro:

- (i) realizar um reconhecimento público de responsabilidade internacional;
- (ii) adotar as medidas administrativas e legislativas necessárias para implementar as recomendações;
- (iii) tomar iniciativas, com base em padrões internacionais e na jurisprudência constitucional comparada, com o fito de fomentar uma abordagem apropriada em favor das vítimas no presente caso e, em geral, como uma pauta de política pública;
- (iv) promover a investigação judicial completa e imparcial dos fatos nos termos do devido processo legal para determinar a responsabilidade criminal pela prisão arbitrária, tortura e assassinato de Valdimir Herzog;
- (v) identificar e punir os responsáveis pelas violações aos direitos dos peticionários;
- (vi) realizar controle interno de convencionalidade da Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) a fim de considerar que crimes de lesa-humanidade são inanistiáveis e imprescritíveis;
- (vii) não interpretar a coisa julgada e os princípios da irretroatividade e do *non bis in idem* como obstáculos para a persecução penal de graves violações de direitos humanos;
- (viii) reparar integral aos familiares de Valdimir Herzog, incluindo tanto o aspecto material, quanto moral, além de sua dimensão simbólica.



O NESIDH apresenta o presente *amicus curiae* para o caso do Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, seguindo o estabelecido no artigo 44 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, requerendo suas considerações sejam levadas em consideração por esta Md. Corte.

Atenciosamente,

Melina Girardi Fachin
Professora Adjunta e Coordenadora do NESIDH
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

