

Argumentação jurídica na Corte Interamericana de Direitos Humanos: o caso *Barrios Altos v. Peru*¹

Legal Argumentation at the Inter-American Court of Human Rights: The *Barrios Altos v. Peru* case

Geraldo Miniuci²

Universidade de São Paulo, Brasil
gminiuci@usp.br

Resumo

O objetivo deste artigo é descrever e explicar os componentes dos argumentos usados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) no caso *Barrios Altos v. Peru*. Como ponto de partida, assume-se que toda norma jurídica opera no âmbito de uma moldura teórica que tem como ponto de fuga uma norma básica, cuja validade é pressuposta. Esse tipo de norma tem uma função orientadora no sistema legal, não somente na elaboração legislativa, como também no processo interpretativo. Embora possa haver desacordo quanto ao significado dessa norma fundamental, sua validade não é questionada. Essa norma é irrevogável, até o momento em que for substituída por outra, cuja validade é igualmente presumida. Mas quando essa substituição acontece, muito mais do que uma ruptura, temos, sim, o início de uma nova era.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Barrios Altos v. Peru*, argumentação jurídica, justificação.

Abstract

The aim of this article is to describe and explain the components of the arguments used by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) in the case *Barrios Alto v. Peru*. As a starting point for the following analysis, it is assumed that every legal norm operates within a framework that has, as a vanishing point, a basic norm whose validity is presumed. This type of norm has an orienting function within the legal system, not only with regard to the making of the law, but also with regard to the process of interpreting the law. Although there may be disagreement as far as the meaning of the

¹ Este artigo resulta de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP).

² Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Internacional e Comparado. Largo São Francisco, 95, Prédio Anexo, 7º andar, 01005-010, São Paulo, SP, Brasil.

norm is concerned, its validity is not in question. This norm is irrevocable until it is replaced by another norm whose validity is equally presumed. But when this happens, we have more than a mere political rupture, because the replacement of such a norm by another means the end of an era and, at the same time, the beginning of a new era.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, *Barrios Altos v. Peru*, legal argumentation, justification.

Introdução

Neste artigo, analisa-se a argumentação utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) para fundamentar sua decisão no caso *Barrios Altos v. Peru*, selecionado como objeto de estudo, pois foi nesse julgado que aquela instância inaugurou um processo de construção, ampliação e posterior consolidação do entendimento jurisprudencial que considera as leis nacionais de anistia incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Na análise, seguindo caminho semelhante ao percorrido em estudo sobre as leis de anistia na CtIDH (Miniuci, 2015), pretende-se descrever e explicar os elementos que compõem os argumentos oferecidos pela Corte, sob uma perspectiva teórica que deve muito a Robert Alexy (1992) e Martti Koskeniemi (2005). Trata-se, portanto, de um trabalho sobre argumentação jurídica, num contexto específico.

A hipótese de trabalho pode ser expressa nos seguintes termos: considera-se que toda norma jurídica opera dentro de uma determinada moldura de referência, tendo como ponto de fuga uma norma de validade pressuposta. Esse tipo de norma exerce função orientadora no sistema jurídico, tanto na fase de elaboração como na de interpretação das normas. Embora possam existir divergências quanto ao seu conteúdo e alcance, sua validade não é questionada, sendo irrevogável até o momento em que for substituída por outra norma igualmente de validade pressuposta, porém, quando isso acontece, temos muito mais do que uma ruptura política, pois a substituição de uma moldura por outra significa o fim e, ao mesmo tempo, o início de uma nova era.

Em vista do objetivo proposto e das premissas orientadoras, este artigo divide-se nas seguintes partes: a primeira trata das molduras de referência do argumento (i); a segunda, dos padrões de justificação que se desenvolveriam a partir dessas molduras (ii); a terceira parte refere-se ao processo *Barrios Altos v. Peru*, com descrição do histórico do caso e análise dos argumentos utilizados pela Corte (iii); na quarta, focaliza-se a evolução jurisprudencial sobre a matéria, mostrando-

-se a consolidação do entendimento pelo qual violam a Convenção as leis nacionais que impedem a investigação, a persecução e a punição dos responsáveis pelas atrocidades cometidas durante regimes de exceção (iv); por fim, na última parte, apresentam-se as principais conclusões da pesquisa.

Molduras de referência

Ao longo da história, é possível identificar três tipos de normas básicas ou fundamentais: aquelas extraídas dos textos sagrados; aquelas concebidas para salvaguardar o Estado e a Nação, e aquelas destinadas a proteger o ser humano.

Normas extraídas de textos sagrados existem, na história da humanidade, há milênios, e não são poucas as sociedades em que a religião aparece como elemento constitutivo da ordem social e jurídica. Da Idade Média até o Iluminismo, por exemplo, o cristianismo foi o princípio constitutivo do direito na Europa. Tinha-se, então, uma concepção orgânica da sociedade, pela qual o todo estava acima das partes, não sendo nenhum indivíduo mais importante do que o corpo social ao qual pertencia (Saint Thomas Aquinas, 1947). Comum a muitos sistemas de crenças abrangentes como o cristão, esse tipo de concepção foi desafiado, na Idade Contemporânea, por duas novas molduras de referência para as ações políticas e jurídicas: de um lado, temos a Nação, entidade abstrata, existente somente no pensamento, que se presta a assegurar a coesão de uma coletividade. A ideia de Nação implica igualmente uma concepção orgânica da sociedade, em que as particularidades regionais, sociais e individuais devem submeter-se e ser fiéis a essa totalidade imaginada, que mantém unidos vastos contingentes de fiéis cidadãos, dispostos a matar ou morrer em nome da Nação, assim como outrora se matava ou se morria em nome de Deus.

Troca-se, em suma, o universalismo de Deus pelo provincianismo da Nação, que irá sedimentar o Estado contemporâneo, dando-lhe a coesão de que necessita para agir. A moldura de referência aqui terá

como pressupostos a Nação e a salvaguarda do Estado, diferenciando-se da moldura que tinha como pressuposto a existência de Deus. Desenvolve-se, no plano jurídico, como acessório dessa ideia, o conceito de soberania que, em linhas gerais, designa, no plano interno, o poder de mando que tem o Estado sobre os assuntos domésticos e, no plano internacional, o seu direito de proteger-se de qualquer interferência estrangeira e o dever de não interferir nos assuntos internos de outros Estados nacionais.

A radicalização dessa ideia levou ao surgimento do Estado totalitário, nas suas variantes nazifascistas, e a constantes agressões a indivíduos, em razão de suas preferências políticas, orientações sexuais, características físicas, crenças religiosas ou origens étnicas, apenas para citar alguns exemplos. Em contraposição a esses fatos, surge e consolida-se um novo tipo de moldura de referência, de natureza antropocêntrica ou liberal, capaz de proteger o indivíduo da opressão do coletivo do qual faz parte. A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, começou a desenhar-se um novo tipo de moldura de referência, que se distingue das demais por não ter como pressuposto uma concepção orgânica da sociedade, em que o todo seja superior às partes que o compõem. Ao contrário, nem Deus, nem a Nação, mas o ser humano torna-se referência no processo legislativo e interpretativo. Orienta-se aqui por uma concepção individualista da sociedade, em que se faz um novo tipo de apologia, a do Indivíduo, elevado agora à condição de referência no ordenamento social e jurídico.

Deus, Nação e Indivíduo, eis as três molduras de referência que se desenvolveram ao longo da história e que até hoje se digladiam, tanto no plano interno como no internacional. Empiricamente, essa tensão se manifesta, por exemplo, nos casos em que o direito individual à integridade física é violado por alguma prática religiosa ou, senão, quando a pessoa religiosa, por motivos religiosos, se recusa a servir nas forças armadas do Estado nacional, ou ainda quando se exige do indivíduo, ao custo da própria vida, se necessário, fidelidade incondicional à Nação. São, enfim, diversas as situações em que se manifesta a tensão entre essas três molduras de referência, que fornecem três tipos de normas de validade pressuposta, com a função de organizar todo o ordenamento jurídico.

Questões que tratam desse tipo de conflito surgem em processos judiciais, tanto em cortes regionais de direitos humanos como em tribunais nacionais, referindo-se a temas tão diversos como, por exemplo, o uso de símbolos religiosos em instituições e prédios

públicos; a proibição de indumentárias religiosas em escolas públicas; a liberdade de expressão, etc. Neste texto, refiro-me a um conflito entre o Estado nacional e o Indivíduo, que se manifesta nos processos relativos às leis de anistia, julgados pela CtIDH.

Padrões de justificação

Dentro das molduras de referência, desenvolvem-se dois padrões de justificação, não somente na doutrina e jurisprudência internacionais, como também na política: de um lado, um padrão ascendente, que, tendo como norma fundamental a ideia de Nação, faz apologia do Estado nacional e nega validade à regra jurídica para a qual não foi dado o prévio consentimento estatal. De outro lado, em sentido oposto, há um padrão descendente que, considerando o Indivíduo e não o Estado, tem, em vez da Nação, os direitos fundamentais da pessoa como norma fundamental. Nessa linha argumentativa, busca-se provar a normatividade da lei e seu caráter vinculante, mesmo quando contrária à vontade do Estado. Assim, a título de exemplo, segue-se o padrão ascendente quando se alega que determinada lei de anistia é válida à luz do ordenamento constitucional de um país e que nada poderá ser feito no plano internacional para revogá-la; quando, ao contrário, se afirma que, não obstante a compatibilidade da lei com o ordenamento interno, do ponto de vista do direito internacional, ela fere normas de direitos fundamentais, universalmente reconhecidas, então, nesse caso, temos um padrão argumentativo descendente, que se orienta pela sacralidade não da Nação, mas do Indivíduo.

Cada uma dessas linhas, por sua vez, pode adotar tipos variados de argumentos, que aparecem na justificativa das decisões ou das petições. Alexy distingue dois tipos de justificação no plano jurídico: a justificação interna e a justificação externa. A justificação interna tem, quanto à forma, a estrutura de um silogismo, composto de, pelo menos, uma norma universal, isto é, uma proposição que trata igualmente os casos iguais, e da qual deve seguir-se logicamente a decisão jurídica. Esse tipo de justificativa ampara-se em premissas legais previamente estabelecidas. Já a justificação externa recorre a proposições que não são deduzidas do direito positivo, sendo antes enunciados de áreas não jurídicas como a economia, a sociologia, a psicologia, a medicina, a linguística, etc. Surgem os argumentos de autoridade, que se amparam na reputação de autor citado, os argumentos que invocam o precedente, os que fazem analogia ou comparações e os que lançam mão de diversos outros tipos de interpretação, tais como a interpretação semântica e a teleológica.

Existem, portanto, os seguintes elementos básicos a serem considerados: as três normas de validade pressuposta, dois padrões de argumentação e diversos tipos de argumentos. Nas próximas páginas, pretendo apresentar os resultados do estudo feito sobre o caso *Barrios Altos v. Peru*, focalizando precisamente esses elementos básicos. Nesse sentido, trato, primeiramente, da tensão entre o Indivíduo e a Nação, no processo selecionado; em seguida, descrevo os padrões descendentes e ascendentes de argumentação e os tipos de argumentos encontrados; finalmente, concluo com um sumário e uma apreciação crítica do problema.

A tensão entre o Indivíduo e a Nação: *Barrios Altos v. Peru*

Histórico

A origem do caso remonta ao ano de 1991, quando, no dia 3 de novembro, seis indivíduos fortemente armados mataram 15 pessoas e feriram outras quatro que estavam reunidas realizando uma festa, num domicílio em Barrios Altos, na cidade de Lima, no Peru. Informações davam conta de que os envolvidos no massacre eram membros do exército peruano, trabalhavam para a inteligência militar e que a chacina fora em represália contra supostos membros do grupo Sendero Luminoso. Somente em 1995, porém, é que se iniciou uma investigação que culminou com a denúncia de cinco oficiais do exército, mas diversos obstáculos foram colocados no caminho dessa iniciativa: recursos processuais interpostos pelos militares para contestar a competência da justiça criminal comum, uma resolução do Conselho Supremo de Justiça Militar, que impedia os oficiais de dar declarações perante qualquer outro órgão judicial, uma petição feita pelos tribunais militares perante a suprema corte peruana, reclamando competência sobre o caso, e, por fim, antes mesmo que o judiciário decidisse a respeito dessa questão processual, uma lei de anistia aprovada pelo legislativo e sancionada pelo executivo que exonerava os militares, os policiais e os civis da responsabilidade pelas violações de direitos humanos, cometidas entre 1980 e 1995. Tudo isso resultou em impunidade e no Relatório N°. 28/00, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, a Comissão ou ComIDH), que, manifestando-se sobre o caso, recomendou ao Peru a anulação da lei de anistia e a realização de investigações que levassem à identificação e punição dos responsáveis pelos assassinatos e lesões.

Como o Peru se recusou a cumprir com as recomendações, a Comissão remeteu o caso para a Corte,

dando início a um processo que teve dois momentos: no primeiro, um duelo de padrões de justificação ascendentes e descendentes, isto é, em resposta à notificação feita pela Corte, o Estado peruano afirmou que não mais lhe reconhecia a competência contenciosa, e a Corte, em nota assinada por todos os juízes e dirigida ao Secretário-Geral da OEA, referindo-se à sua própria jurisprudência, considerou inadmissível a pretensão peruana, que não somente violava a Convenção, como também o princípio do *pacta sunt servanda*.

Houve um impasse, que começou a ser dissolvido em 2000, após a queda de Fujimori e a ascensão de um governo de transição disposto tanto a reconhecer novamente a competência litigiosa da Corte, como a criar uma comissão da verdade para apurar os fatos atribuídos a agentes do Estado ou a pessoas que, não sendo agentes do Estado, em seu nome ou com sua conivência, violaram direitos fundamentais, entre maio de 1980 e novembro de 2000 (Decreto Supremo N° 065-2001-PCM). Com isso, *Barrios Altos* e outros processos foram retomados e tiveram seguimento.

Nesse segundo momento, o Estado peruano abandona o padrão ascendente de justificativa e adota três novas premissas, que seguem padrão descendente: o direito à verdade, o direito à justiça e o direito à reparação (CtIDH, Sentencia, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 35). No primeiro caso, trata-se do direito da vítima ou de seus familiares de obter informações relativas tanto aos fatos e ações que resultaram na violação da norma como à identidade de seus responsáveis; no segundo, trata-se do direito de investigar, processar e punir esses responsáveis; e no terceiro caso, trata-se do direito que têm a vítima ou seus familiares de exigir do Estado reparação por perdas e danos sofridos.

A partir dessa mudança, o Peru, além de reconhecer sua responsabilidade e de relatar as providências tomadas, declara que, se até o momento não lhe foi possível cumprir com todos os seus encargos, isso se deve à existência das leis de anistia, que implicam “diretamente uma violação do direito de toda vítima de obter não somente justiça, como verdade” (CtIDH, Sentencia, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 35). A fim de contorná-las, o Estado afirma ter proposto aos interessados a realização de um acordo marco, a ser submetido à consideração da Corte para homologação, em que ele reconhece ter violado a convenção, nomeadamente o artigo 4 (direito à vida), o artigo 5 (direito à integridade pessoal), o artigo 8 (direito a garantias judiciais) e o artigo 25 (direito à proteção judicial). Feito esse reconhecimento, o Estado peruano propõe uma agenda de trabalho dividida em três pontos: verdade, em que se identificariam os

responsáveis, justiça, em que se consideraria a viabilidade de sanções penais e administrativas contra os responsáveis, e reparação, em que se buscaria indenizar vítimas ou familiares. Em vista disso, a Corte, tendo em consideração o Artigo 52 (2) das *Regras de procedimento*, passou a examinar apenas a aceitabilidade da admissão de responsabilidade feita pelo Estado peruano. Na próxima parte, focalizam-se os argumentos utilizados no âmbito daquela instância julgadora nesse exame.

Argumentos no âmbito da CtIDH

Argumentos utilizados na sentença

Ao decidir sobre a compatibilidade das leis de anistia com a Convenção, a Corte profere um julgamento que inaugura um precedente, pelo qual ela

considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CtIDH, Sentencia, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 41).

A Corte se justifica utilizando argumentos de padrão descendente e do tipo lógico, pois parte do pressuposto de que a Convenção é um código normativo superior à vontade e ao interesse do Estado e, com base nessa premissa, aquela instância julgadora explica, em sua decisão, que, ao impedir a realização de investigação e punição de responsáveis por violações de direitos fundamentais, as leis de anistia violaram o direito à verdade, que não poderá ser conhecida, se as investigações forem proibidas, e o direito à justiça, que não poderá ser feita, se a persecução penal for igualmente proibida. Concretamente, no entender da Corte, essas leis impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes fossem ouvidas em juízo e que houvesse investigação, persecução e punição dos responsáveis pelo acontecido em *Barrios Altos*. A Corte alega, por fim, que a vigência de leis de autoanistia viola o dever consagrado no artigo 2, no sentido de adequar o direito interno aos dispositivos da Convenção. Em suma, a Corte declarou que as leis de anistia eram incompatíveis com a Convenção, que o Peru deveria apurar as responsabilidades pelas violações dos direitos humanos, tornar públicos os re-

sultados dessa apuração e punir os responsáveis, além de fixar um valor para as reparações, num prazo de três meses contado da notificação da decisão, em comum acordo com a Comissão, as vítimas, seus familiares ou representantes legais.

Argumentos utilizados no voto concordante do juiz Cançado Trindade

Além desses argumentos apresentados pela Corte para justificar sua decisão relativa às leis de anistia, o juiz Cançado Trindade, em voto concordante, seguindo o mesmo padrão descendente de justificativa, apresenta, contudo, um tipo de argumento que torna explícito o novo paradigma, de natureza antropocêntrica, que coloca a pessoa e a humanidade como referência no processo legislativo e interpretativo da regra jurídica. A norma básica, a dar validade a esse paradigma, encontra-se numa “consciência jurídica universal”, cuja existência se faz perceptível na jurisprudência internacional, na prática dos Estados e organismos internacionais e também na doutrina. No primeiro caso, são citadas as jurisprudências dos tribunais internacionais de direitos humanos existentes, dos tribunais penais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, além da jurisprudência da Corte Internacional de Justiça, que contém “elementos desenvolvidos a partir, v.g., de considerações básicas de humanidade” (CtIDH, Voto concorrente, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 16). No que diz respeito à prática internacional, o juiz observa que a ideia de uma consciência jurídica universal foi referida em debates no âmbito das Nações Unidas, nos trabalhos das conferências de codificação do direito internacional e nos trabalhos preparatórios da Comissão de Direito Internacional da ONU.

Já como “doutrina jurídica mais lúcida”, utilizada igualmente para reforçar a tese da mudança de paradigma, são citadas as conclusões de Jacques Maritain, segundo quem, o Estado não tem autoridade para obrigar alguém a reformar o próprio juízo, com seus critérios de bem e de mal (CtIDH, Voto concorrente, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 16), e de Giuseppe Sperduti, que afirma ter sido a doutrina positivista incapaz de elaborar uma concepção de direito internacional adequada a uma verdadeira ordem jurídica, sendo por isso necessário modificar o paradigma e ver a “consciência comum dos povos, ou a consciência universal, como a fonte das normas supremas de direito internacional (CtIDH, Voto concorrente, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 20).

Por fim, além das convenções relativas às leis e aos costumes de guerra, citam-se os tratados que fazem referência à consciência da humanidade, como a

Convenção contra o genocídio, de 1948, em cujo preâmbulo se vê menção ao “espírito” das Nações Unidas; o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, que, igualmente no preâmbulo, se refere às vítimas de “atrocidades que desafiam a imaginação e comovem profundamente a consciência da humanidade”, e a Convenção americana, cujo preâmbulo se refere a uma “consciência do hemisfério”.

Resumo da argumentação utilizada

Vimos, de um lado, que a Corte julgou ilegal as leis de anistia que violassem a Convenção e, para justificar esse julgamento, lançou mão de um padrão descendente de justificação, utilizando argumentos de natureza lógico-jurídica. Em resumo, a Corte partiu da premissa de que os Estados partes da convenção americana têm o dever de tomar todas as providências para que ninguém seja privado da proteção judicial e do direito a um recurso eficaz. Por impedirem a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações de direitos humanos, por obstaculizarem a investigação e o acesso à justiça e por impedirem que vítimas e seus familiares conheçam a verdade e recebam a devida reparação, por, enfim, permitirem que pessoas fiquem privadas da proteção judicial e do direito a um recurso eficaz, as leis de anistia violam os artigos 8 (garantias judiciais), 25 (proteção judicial), além do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e do artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção, e devem portanto ser revogadas.

De outro lado, em voto concordante, o juiz Cançado Trindade, utilizando o mesmo padrão, acrescenta e defende a tese de que há uma consciência jurídica universal, que atua como fonte normativa e cuja existência ele procura demonstrar mediante argumentos de autoridade, seja ela a autoridade da jurisprudência de tribunais internacionais, a autoridade da prática dos Estados e organismos internacionais, a autoridade da doutrina e dos preâmbulos de tratados, de convenções de direito humanitário e de direito internacional penal. Em outras palavras, essa consciência jurídica universal editaria a norma básica, a partir da qual se organizaria toda a sociedade, e tornaria possível a mudança de um paradigma.

Tem-se agora como pressuposto uma concepção do direito pela qual o ser humano não somente serve de referência para a elaboração, promulgação e aplicação da norma jurídica, como também seus direitos fundamentais terão precedência sobre os demais direitos, permitindo com isso um padrão descendente de argumentação. “Os direitos humanos protegidos são

inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado” (Trindade, 1997, p. 7). Eis o ponto central do argumento: no lugar de uma concepção estatocêntrica tanto da sociedade, como do direito, uma concepção antropocêntrica de ambos, que coloca os direitos fundamentais da pessoa fora do domínio reservado do Estado, transformando-os em tema que transcende fronteiras. A partir dessa concepção, constroem-se argumentos de padrão descendente, dos mais variados tipos, jurídicos e não jurídicos. Muito mais do que um conjunto de normas destinadas a assegurar certa classe de direitos, os direitos humanos desempenham, nesse padrão argumentativo, a função de uma norma, cuja validade é extraída não de outra norma, mas de uma “consciência jurídica” antropocêntrica. Em suma, a validade dos direitos humanos é simplesmente pressuposta, assim como a existência de Deus e a da Nação.

Evolução jurisprudencial

O caso *Barrios Altos v. Peru* inaugurou um novo entendimento acerca das leis de anistia, que se sedimentou ao longo do tempo: consolidou-se na Corte a interpretação de que o dever de investigar, processar e punir faz parte das reparações a que têm direito a vítima ou seus familiares; aquela instituição, ademais, considera que o direito à verdade não é somente do petionário, mas também de toda a sociedade (Laplante, 2009, p. 971-974). A Corte, aparentemente, subordina os princípios da verdade e da justiça ao princípio da reparação, que, além de compreender as indenizações, englobaria também a apuração da verdade e a punição dos responsáveis. Disso resulta, em primeiro lugar, que haveria uma obrigação, digamos, principal, a reparação, que somente se cumpre mediante o adimplemento dos três outros deveres existentes que a compõem; em segundo lugar que, sendo assim, não bastam apenas comissões da verdade e indenizações para as vítimas ou suas famílias, pois o padrão consolidado exige também o devido processo legal e o cumprimento das penas condenatórias.

Nem toda anistia é ilegal. Há delitos que podem ser anistiados. Quais são, no entanto, aqueles que não o podem, eis a questão enfrentada pelo juiz Cançado Trindade e, em certa medida, também pelo juiz García Ramírez, em seus votos concordantes, no caso *Barrios Altos v. Peru*. A tese que ambos defendem consiste nisto, os crimes cujos responsáveis não poderão ser anistiados não são apenas aqueles tipificados pelo direito positivo, como, por exemplo, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, o genocídio e a tortura, mas todas as violações, de igual gravidade, dos direitos humanos.

Trindade procura fundamentar essa conclusão, lançando mão de um padrão descendente de argumentação, com um tipo de argumento jurídico que atribui validade a uma proposta apresentada pelo delegado russo, Friedrich von Martens, à I Conferência de Paz de Haia, em 1899: a chamada cláusula Martens, posteriormente inserida nos preâmbulos de convenções relativas a leis e costumes da guerra, com o propósito de estender proteção jurídica a todas as pessoas civis e a combatentes em todas as situações, ainda que não tenham sido previstas pela lei. No Artigo 1º. (2), do Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, lê-se, por exemplo, que

Nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, as pessoas civis e os combatentes ficarão sob a protecção e autoridade dos princípios do direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos princípios humanitários e das exigências da consciência pública.

Trindade propõe que esse dispositivo da legislação humanitária seja extensivo a todas as graves violações de direitos humanos. Para sustentar sua asserção, o magistrado recorre a dois argumentos de autoridade: de um lado, a autoridade do legislador internacional que, ao afirmar reiteradamente os elementos da cláusula Martens nas convenções de 1899, 1907 e 1949, bem como no citado protocolo, teria, no entendimento do juiz, terminado por colocá-la no plano das fontes materiais do direito internacional (CtIDH, Voto concorrente, 14/03/2001, *Barrios Altos v. Perú*, para. 25). De outro lado, Trindade recorre à autoridade da doutrina jurídica contemporânea, citando, nesse sentido, um autor que defende a mesma tese.³

Independentemente da validade dessa proposta, vale observar que, vistas em conjunto, as manifestações da Corte sobre as leis de anistia apresentam um padrão argumentativo de estrutura descendente consolidado, com dois tipos de argumentos: os argumentos lógicos, utilizados em *Barrios Altos v. Peru* para sustentar a ilegalidade dessas leis perante a Convenção, e os argumentos de autoridade para reforçar a mesma tese, utilizados pela Corte em casos subsequentes, quando, além de lançar mão de sua própria jurisprudência, recorre à autoridade da jurisprudência internacional, da prática dos Estados e dos organismos internacionais. Nesse sentido, citam-se, por exemplo, as posições do Secretário-Geral da ONU, para quem crimes como ge-

nocídio, de guerra ou de lesa-humanidade não podem ser anistiados, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que considera as leis de anistia e outras medidas análogas como um obstáculo para o direito à verdade e um estímulo à impunidade, e do Relator Especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade, para quem “los autores de violaciones no podrán beneficiarse de la amnistía mientras las víctimas no hayan obtenido justicia mediante un recurso efectivo. Jurídicamente carecerá de efecto con respecto a las acciones de las víctimas vinculadas al derecho a reparación” (CtIDH, Sentencia, 24/02/2011, *Gelman v. Uruguay*, para. 200).

Além deles, são citadas também (a) a Declaração e Programa de Ação, no âmbito da Conferência Mundial de Direitos Humanos, de 1993, em cujos termos os Estados devem revogar a legislação que favoreça a impunidade dos responsáveis por graves violações de direitos humanos; (b) as observações do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado, para quem fere a Declaração uma lei de anistia que ponha fim à obrigação de um Estado de investigar, processar e punir os responsáveis; (c) as observações do Comitê de Direitos Humanos, que afirma o dever dos Estados de assegurar que os culpados por crimes como tortura e desaparecimento forçado de pessoas não se eximam de suas responsabilidades, e (d) a afirmação do Comitê contra a Tortura no sentido de que leis de anistia violam a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

Reforçam ainda o argumento as referências ao Tribunal Especial para Serra Leoa, em cujo entendimento as leis nacionais de anistia vigentes naquele país não são aplicáveis a graves crimes internacionais, e ao Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, para quem seria incoerente, de um lado, tipificar e estabelecer uma punição para as graves violações dos direitos humanos e, de outro, anistiar seus responsáveis. Há também menção à Corte Europeia de Direitos Humanos, para quem crimes que impliquem violações graves de direitos humanos não devem ser anistiados, à Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, em cujo entendimento as leis de anistia não podem isentar o Estado que as adota do cumprimento das obrigações internacionais, e às altas cortes de justiça de Estados membros da OEA: Argentina, cuja corte suprema declarou sem efeitos as leis de anistia que representassem um obstáculo para a investigação, julgamento e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos; Chile, cujo tribunal superior decidiu, num

³ A obra citada, conforme referência que consta no voto concordante, é a de Münch (1986, p. 836), “Le rôle du droit spontané”.

caso, restringir temporalmente o alcance da lei de anistia e, em outro, anular sentença absolutória e invalidar a aplicação da anistia chilena; Peru, onde o judiciário considera que as leis de anistia são nulas e sem efeito jurídico; Uruguai, cuja suprema corte de justiça considerou inconstitucional a denominada *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* (CtIDH, Sentencia, 24/02/2011, *Gelman v. Uruguay*, para. 2); e, por fim, Colômbia, onde a corte suprema afirmou que as normas relativas aos direitos humanos fazem parte do grande grupo de disposições de direito internacional geral, reconhecidas como normas de *jus cogens*, razão pela qual aquelas são inderrogáveis, imperativas e indisponíveis.

Considerações finais

Tanto em *Barrios Altos v. Peru* como nos demais processos que consolidaram a tese da incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção, verificou-se que os padrões de argumentação ascendentes e descendentes podem ser construídos mediante qualquer tipo de argumento. Não é a moldura de referência, mas sim a conveniência do argumento que determina qual tipo será utilizado: o precedente, a lei positivada ou a doutrina jurídica, para citar os principais. Tanto quem parte de uma concepção estatocêntrica do direito internacional como quem opera numa moldura que tem o Indivíduo ou Deus como norma de referência pode lançar mão de qualquer desses argumentos.

A Corte, embora criada por Estados, não se orienta pelo estatocentrismo, nem por crenças religiosas, mas por uma concepção que coloca a pessoa como ponto de referência para a edificação da ordem social e jurídica. A partir dessa moldura, foi possível concluir que as leis de anistia violam normas cogentes de direito internacional. A essa conclusão chegou-se em *Barrios Altos v. Peru*, mediante raciocínio lógico-jurídico, que demonstrava a incompatibilidade dessas leis com a Convenção. Citada em julgamentos posteriores, consolidou-se na jurisprudência, virando argumento de autoridade, ao lado de argumentos de outras autoridades, incluindo cortes internacionais, regionais e nacionais, bem como organismos internacionais. Em *Barrios Altos v. Peru*, a decisão foi reforçada ainda pela “doutrina jurídica mais lúcida”, citada em voto concordante.

Muito mais do que depender do desenvolvimento de longos e pormenorizados raciocínios, o argumento de autoridade subordina-se à reputação ou à importância de quem é citado. Não se questiona a validade das conclusões; elas são apenas afirmadas, mas não demonstradas. Se quisermos contestar a validade de determinada jurisprudência num processo qualquer, deveremos demons-

trar que há diferenças substanciais entre os casos e que não é possível aplicar a mesma solução a ambos.

Já os demais argumentos de autoridade não se prestam a ser rebatidos no contexto de um processo judicial: as posições do Secretário-Geral da ONU, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos ou do Relator Especial das Nações Unidas sobre a Questão da Impunidade, por exemplo, decorrem de uma escolha política que não cabe ser contestada numa ação judicial, sob pena de transformá-la num processo parlamentar; e as conclusões da “doutrina jurídica mais lúcida”, por sua vez, decorrem de métodos, teorias e estudos diversos cuja validade tampouco pode ser aferida no curso de um processo, sob pena de transformá-lo num debate acadêmico.

Consolidou-se, dessa forma, com essas justificativas, o entendimento quanto a isto, as leis de anistia, ainda que compatíveis com constituições nacionais, violam a Convenção. Chegou-se a essa conclusão num contexto marcado por uma tensão constante entre concepções de mundo universalistas, estatocêntricas e liberais. Ao longo da história das premissas fundamentais, partiu-se de Deus para a Nação e, agora, desde 1948, chegamos ao individualismo e aos direitos fundamentais da pessoa humana. Além dessas, não há, até o momento, outras forças capazes de se desafiarem reciprocamente, como no caso de Deus, da Nação e do Indivíduo. A partir da sacralidade do ser humano, portanto, considera-se que é ilegal a vigência de uma lei nacional de anistia que viole de forma continuada normas cogentes destinadas a proteger a pessoa.

Sob uma perspectiva exclusivamente estatocêntrica, torna-se difícil, se não impossível, admitir que uma regra como essa que proíbe anistiar os responsáveis por graves violações de direitos humanos tenha *status* de *jus cogens*, pois, no plano internacional, nenhum Estado se submete a uma norma que não tenha seu prévio consentimento. O Estado liberal, porém, em oposição ao Estado absolutista, foi concebido para proteger a liberdade, a autonomia, a livre iniciativa, o empreendedorismo e a pessoa do indivíduo. Um Estado liberal pode não aceitar facilmente a imposição de uma norma para a qual não deu seu consentimento, mas não poderá deixar de submeter-se a normas concebidas para proteger o Indivíduo.

O Indivíduo, porém, embora elevado à condição de referência para a organização social e jurídica, é politicamente contingente, assim como também o são Deus e a Nação. Todos são politicamente contingentes, mas com pretensões de universalidade: a universalidade do divino, a universalidade do princípio da soberania e a universalidade dos direitos humanos.

Embora compatíveis com o Estado liberal, os direitos humanos não dependem dele para existir, mas sim de uma visão liberal de mundo, que permita não somente a criação de um Estado para servir o indivíduo, como também a dedução de direitos individuais fundamentais e o uso de um padrão de justificação neles baseado. Nesse sentido, portanto, numa ordem liberal ou numa ordem social capaz de reconhecer esses direitos como válidos e exigíveis, o indivíduo desponta como referência e como titular de direitos que não podem ser ignorados. Já em relação a um Estado absolutista, o individualismo e os direitos fundamentais revelam-se incompatíveis, da mesma forma como Deus é incompatível com o ateísmo, e a Nação, com um mundo sem fronteiras.

Referências

ALEXY, R. 1992. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo, Landy Editora, 334 p.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). 2001. Sentencia. 14 de marzo de 2001, *Barrios Altos v. Perú*.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). 2001. Voto concurrente. 14 de marzo de 2001, *Barrios Altos v. Perú*.
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CtIDH). 2011. Sentencia. 24 de febrero de 2011, *Gelman v. Uruguay*.
KOSKENNIEMI, M. 2005. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press, 683 p.
LAPLANTE, L. 2009. Outlawing Amnesty. *Virginia Journal of International Law*, 49(4):916-984.
MINIUCI, G. 2015. Amnesty Laws and the Inter-American Court of Human Rights. *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 8(1-2):38-52.
MÜNCH, F. 1986. Le rôle du droit spontané. In: A. TRUYOL SERRA; M. MEDINA; R. MESA; P. MARINÑO, *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II. Madrid, Universidad Complutense, 836 p.
SAINT THOMAS AQUINAS. 1947. *Summa Theologica*, II, II, Question 64, Article 2. New York, Benziger Bros.
TRINDADE, A.A.C. 1991. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo, Saraiva, 742 p.

Submetido: 04/11/2015
Aceito: 01/04/2016