

O Direito Penal Internacional e os crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado ou por indivíduos com a conivência estatal

Jorge Barrientos-Parra

Sumário

1. Introdução. 2. O caso Barrios Altos vs. Peru. 2.1. Os fatos. 2.2. O Direito. 3. O caso Almonacid Arellano vs. Chile. 3.1. Os fatos. 3.2. O Direito. 4. Conclusões.

*“Son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y la 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.”
Corte Interamericana de Derechos Humanos,
Causa Barrios Altos Serie C N° 75.*

1. Introdução

Um dos temas abordados no Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 – é o do direito à memória e à verdade que todos os países¹ que vivencia-

Jorge Barrientos-Parra é Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Doutor pela *Université Catholique de Louvain*. Leciona Direito Constitucional no Curso de Administração Pública e Direito da Sociedade Tecnocrática no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual Paulista – UNESP.

¹ Sobre a violação dos Direitos Humanos no Brasil, ver, entre outros: Direito... (2007); Gaspari (2002); Brasil... (1985); CABRAL (1993). Sobre a violação dos Direitos Humanos na Argentina, ver: Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (2006). Ver também: www.abuelas.org.ar. Sobre a violação de Direitos Humanos no Chile, ver entre outros: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (1991); Barrientos-Parra (1999); Dorfman (2003); Altamirano (1979); Exilio... (1993). Consultar ainda Cunha (2008); Ekaiser (2003); González (2000); Verdugo; Hertz (1999); Ahumada (1989). Sobre o caso do Uruguai,

ram regimes de exceção na América Latina na segunda metade do século passado tiveram de enfrentar. Algumas das questões colocadas nessa discussão são as seguintes: pode o Estado, por seus funcionários, cometer violações dos direitos humanos e estas ficarem impunes em virtude da proteção do próprio Estado? Pode o Estado negar o direito à informação às vítimas da repressão política com base em leis de anistia? Pode o Estado negar às famílias dos mortos pela repressão o direito de dar enterro digno aos seus parentes? Pode o povo não ter reconhecido o direito à verdade e à memória sobre o acontecido entre o golpe militar de 64 e a eleição de Tancredo em 85?

Nesse sentido, assistimos a um movimento de superação do positivismo começado após a Segunda Guerra Mundial. Com efeito, as inúmeras experiências de violação dos direitos humanos praticadas com apoio estatal, mesmo depois do Holocausto, demonstram que não basta a elaboração de normas jurídicas válidas de acordo com o processo legislativo vigente no direito interno. Tampouco são suficientes a organização e funcionamento formal do Poder Judiciário visando o controle social e a segurança pública, ou a adequação dos atos e procedimentos administrativos às formalidades exigidas nas leis e na Constituição.

Por outro lado, a consciência ético-jurídica universal, chocada pelas sistemáticas violações aos direitos humanos em todos os continentes, assiste comovida à fraqueza do Estado e do Direito Positivo como fundamento desses direitos.

Nesse contexto, parece-nos relevante e oportuno refletir sobre essas questões a partir de alguns casos jurisprudenciais emblemáticos no Direito Penal Internacional, a saber: *Barrios Altos vs. Peru*² e *Almonacid*

ver: Fernández (2006). Sobre a violação dos Direitos Humanos no Paraguai, ver: Boccia Paz; Portillo; Arestivo (1992); Melinger (1994).

² Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 14 de março de 2001.

*Arellano vs. Chile*³, que nos mostram como foram superadas a indiferença e a alienação da sociedade diante das ações criminosas do Estado e depois como foram superados os obstáculos colocados diligentemente por este em prol da impunidade. Vejamos.

2. O caso *Barrios Altos vs. Peru*

2.1. Os fatos

Aproximadamente às 22h30 do dia 3 de novembro de 1991, seis indivíduos fortemente armados adentraram o imóvel sito na rua Jirón Huanta nº 840 em Barrios Altos na cidade de Lima, Peru. No momento da irrupção, celebrava-se uma festa para angariar fundos para fazer melhoramentos no imóvel. Os criminosos chegaram ao local em dois veículos, um de marca Jeep Cherokee e outro Mitsubishi, que portavam sirenes e luzes policiais. Obrigaram as vítimas a estenderem-se no chão e depois dispararam indiscriminadamente sobre elas por um período aproximado de dois minutos, matando 15 pessoas⁴ e ferindo gravemente outras quatro, uma das quais ficou permanentemente incapacitada. Depois disso, com a mesma rapidez que chegaram, fugiram nos citados veículos com as sirenes ligadas. Os sobreviventes declararam que as detonações eram “secas”, o que permite inferir que fizeram uso de silenciadores. No local do crime, a polícia encontrou projéteis correspondentes a pistolas metralhadoras.

³ Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) de 26 de setembro de 2006.

⁴ Na ocasião foram assassinadas as seguintes pessoas: Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luiz Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antônio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez e Benedicta Yanque Churo. Ficaram com graves lesões: Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega e Alfonso Rodas Alvétez.

Investigações judiciais e jornalísticas revelaram que os envolvidos trabalhavam para a inteligência militar e eram membros do exército peruano, constituindo um esquadrão da morte denominado *Grupo Colina*, que levava a cabo seu próprio programa antissubversivo. Diversas informações assinalaram que os fatos em análise realizaram-se contra presumíveis integrantes do Sendero Luminoso (PCP-SL).

2.2. O Direito

Somente em abril de 1995, as autoridades judiciais iniciaram uma investigação séria sobre os fatos quando a Fiscal Ana Cecilia Magallanes, da 41ª *Fiscalía Provincial Penal* de Lima, denunciou cinco oficiais⁵ do Exército como responsáveis pelos fatos, incluindo vários já condenados no Caso La Cantuta⁶. A denúncia foi formalizada perante o 16º *Juzgado Penal de Lima*. Os militares responderam que a denúncia deveria dirigir-se a outra autoridade e assinalaram que o major Rivas e os suboficiais se encontravam sob a jurisdição do Conselho Supremo da Justiça Militar. Por sua parte, o General Julio Salazar Monroe se negou a responder a citação argumentando que tinha status de Ministro de Estado e consequentemente gozava dos privilégios que tinham os Ministros na matéria.

A Juíza Antonia Saquicuray do 16º *Juzgado Penal de Lima* iniciou uma investigação formal em 19 de abril de 1995. Muito embora essa magistrada tenha tentado ouvir os presumíveis integrantes do “Grupo Colina” que já cumpriam pena, o Alto Comando Militar a impediu. Diante disso o *Consejo Supremo de Justicia Militar* baixou uma resolução dispondo que os acusados e

o Comandante-Geral do Exército estavam impedidos de prestar declarações perante qualquer outro órgão judicial uma vez que a Justiça Militar estaria promovendo paralelamente uma ação contra eles.

Imediatamente após o início das investigações da Juíza Saquicuray, os tribunais militares apresentaram uma petição à Corte Suprema reclamando competência sobre o caso, argumentando que se tratava de oficiais em serviço ativo.

Entretanto, antes que a mais alta Corte peruana resolvesse esse incidente de competência, o Congresso sancionou uma lei de anistia (Lei nº 26.479) que beneficiava os militares, policiais e civis que tivessem cometido violações aos direitos humanos ou que tivessem participado nessas violações entre 1980 e 1995. A lei abrangia os integrantes das forças de segurança que fossem objeto de denúncias, investigações, procedimentos ou condenações e mesmo aqueles que estivessem cumprindo pena. Ressalte-se que o projeto de lei não foi anunciado publicamente nem debatido. Foi aprovado tal qual como foi apresentado na madrugada do dia 14 de junho de 1995. Pasmem o leitor, a lei foi sancionada e promulgada de imediato pelo Presidente da República Alberto Fujimori, entrando em vigor já no dia seguinte (15 de junho de 1995).

De acordo com a Constituição peruana, os juízes têm o dever de não aplicar aquelas leis que considerem contrárias às suas disposições; dessa forma, em 16 de junho de 1995, a Juíza Antonia Saquicuray decidiu que o artigo 1º da Lei de Anistia não era aplicável aos processos penais pendentes na sua Vara contra os cinco membros do Serviço de Inteligência Nacional (SIN), uma vez que a anistia violava as garantias constitucionais e as obrigações internacionais que a Convenção Americana de Direitos Humanos impunha ao Peru. Horas depois de prolatada essa decisão, a Procuradora da República, em uma conferência de imprensa, declarou que a referida sentença

⁵ Os cinco acusados foram o General de Divisão Julio Salazar Monroe, Chefe do Serviço de Inteligência Nacional (SIN); o Major Santiago Martín Rivas e os suboficiais Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra e Hugo Coral Goycochea.

⁶ Ver Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso La Cantuta vs. Peru, sentença de 29 de novembro (mérito, reparações e custas).

constituía um erro; que o caso Barrios Altos estava encerrado; que a Lei de Anistia tinha *status* de lei constitucional e que os promotores e juizes que não a aplicassem poderiam ser processados por prevaricação.

Pouco depois, o Congresso peruano aprovou uma segunda lei de anistia (Lei nº 26.492) destinada a interferir nas atuações judiciais do caso Barrios Altos. Essa nova lei estabeleceu que a anistia não era passível de revisão em sede judiciária e que era de aplicação obrigatória. Além disso, ampliou o alcance da Lei nº 26.479 concedendo uma anistia geral para todos os agentes do Estado (policiais, militares ou civis) que eventualmente pudessem ser objeto de ações por violação dos direitos humanos cometidas entre 1980 e 1995, ainda que não tivessem sido denunciadas. Claramente essa segunda lei de anistia teve como objetivo impedir que os juizes se pronunciassem sobre a legalidade ou aplicabilidade da primeira, invalidando dessa forma as decisões da Juíza Antonia Saquicuray e impedindo decisões similares no futuro.

Em virtude da apelação dos acusados em 14 de julho de 1995, a 11ª Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima se pronunciou no sentido de que a Lei de Anistia não era antagônica com a Constituição peruana nem aos tratados internacionais de direitos humanos; que os juizes não podiam deixar de aplicar leis aprovadas pelo Congresso porque isso iria contra o princípio de separação dos poderes. Em função disso decidiu pelo arquivamento definitivo do processo do caso Barrios Altos e ainda determinou que a Juíza Saquicuray fosse investigada pelo órgão de controle interno por haver interpretado as normas incorretamente.

Diante disso, entidades peruanas⁷ denunciaram o caso perante a Comissão Inte-

⁷ Entre outros, a *Coordinadora Nacional de Derechos Humanos*, a *Fundación Ecueménica para el Desarrollo y la Paz (FEDEPAZ)*, o *Centro por la Justicia y el Derecho internacional (CEJIL)* o *Instituto de Defensa Legal (IDL)* e a *Comisión de Derechos Humanos (COMISDEH)*.

ramericana de Derechos Humanos, que em 7 de março de 2000 aprovou o relatório nº 28/00 com várias recomendações ao Peru⁸. Como a resposta do Estado andino foi claramente insuficiente, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Derechos Humanos pela violação pelo Peru do art. 4º da Convenção Americana de Derechos Humanos (direito à vida⁹); pela violação do art. 5º (direito à integridade pessoal¹⁰); pela violação dos arts. 2º (dever de adotar disposições de direito interno) e 25 (proteção judicial) como consequência da promulgação e aplicação das leis de anistia 26.479 e 26.492 e pelo não cumprimento do artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) em virtude da violação dos artigos da Convenção assinalados acima.

Inicialmente o Estado peruano desconheceu a competência da Corte para conhecer do caso. Entretanto, em 19 de fevereiro de 2001 (após a assunção do presidente Alejandro Toledo), o Estado reconheceu a sua responsabilidade internacional pelos fatos, propôs um acordo aos petionários e declarou o seu compromisso de trabalhar para “*dejar sin efecto las medidas adoptadas dentro del marco de la impunidad*” e de impulsar “*un procedimiento serio y responsable*”

⁸ A Comissão recomendou ao Estado que: A. [...] *deje sin efecto toda medida interna, legislativa o de otra naturaleza, que tienda a impedir la investigación, procesamiento y sanción de los responsables de los asesinatos y lesiones resultantes de los hechos conocidos como operativo “Barrios Altos”. Con ese fin, el Estado peruano debe dejar sin efecto las leyes de amnistías n.ºs 26.479 y 26.492.* B. [...] *conduzca una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos, con el objeto de identificar a los responsables de los asesinatos y lesiones de este caso, y continúe con el procesamiento judicial de los señores Julio Salazar Monroe, Santiago Martín Rivas, Nelson Carbajal García, Juan Sosa Saavedra, y Hugo Coral Goycochea, y por la vía del proceso penal correspondiente, se sancione a los responsables de estos graves delitos, de acuerdo con la ley.* C. [...] *proceda otorgar una reparación plena, lo que implica otorgar la correspondiente indemnización a las cuatro víctimas que sobrevivieron y a los familiares de las 15 víctimas muertas, por las violaciones de los derechos humanos señalados en este caso.*

⁹ Em prejuízo das pessoas assinaladas na nota 5 *supra*.

¹⁰ Ver a relação das pessoas na nota 5 *supra*.

de remoción de todos los obstáculos procesales” colocados pelo governo Fujimori.

Nesse novo contexto, a Corte declarou por unanimidade a admissão do reconhecimento da responsabilidade do Estado peruano pelos fatos acontecidos em 3 de novembro de 1991 e na parte resolutiva da sentença estabeleceu que o Estado violou:

a) O direito à vida consagrado no artigo 4º da Convenção em prejuízo das pessoas assassinadas nesse caso. *Vide* a relação na nota 5 *supra*;

b) O direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5º da Convenção em prejuízo das pessoas gravemente feridas na ocasião. *Vide* a relação na nota 5 *supra*;

c) O direito às garantias judiciais consagrado no artigo 8º e 25 da Convenção em prejuízo dos familiares das pessoas assassinadas e dos gravemente feridos em virtude da promulgação e aplicação das leis de anistia 26.479 e 26.492.

Declarou que as referidas leis de anistia eram incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos e consequentemente careciam de efeitos jurídicos e que o Estado peruano devia investigar os fatos para identificar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de direitos humanos e divulgar publicamente os resultados dessa investigação. Nas palavras do juiz presidente Antônio A. Cançado Trindade:

*“Las llamadas autoamnistías son en suma, una afrenta inadmisibile al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales – indisolubles – de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos”.*¹¹

Um outro ponto importante em relação às denominadas leis de autoanistia é que

¹¹ Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 5.

elas afetam direitos inderrogáveis, o *minimum* universalmente reconhecido no âmbito do *jus cogens*, definido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos como uma ordem superior de normas jurídicas que as leis do homem ou as nações não podem infringir, necessárias para proteger a moral pública. Dito de outra forma, são valores fundamentais defendidos pela comunidade internacional¹².

Por último, quanto às reparações, estabeleceu que seriam fixadas de comum acordo pelo Estado peruano, a Comissão Interamericana e as vítimas, seus familiares ou representantes legais. O tribunal se reservou o direito de revisar e aprovar o acordo assinalado. Posteriormente em 22 de agosto de 2001, as partes apresentaram o Acordo para Reparaciones, o qual foi homologado por sentença em 30 de novembro daquele ano.

3. O caso *Almonacid Arellano vs. Chile*

3.1. Os fatos

Em 11 de setembro de 1973, uma junta militar¹³ derrocou o governo constitucional do Presidente Salvador Allende Gossens. As forças armadas e de ordem (*carabineros*) assumiram primeiro o Poder Executivo mediante Decreto-lei nº 1 e, posteriormente, o Poder Constituinte e o Legislativo (Decreto-lei nº 128). A nova institucionalidade se caracterizou pela soma de poderes acumulados pelo general Augusto Pinochet Ugarte, que governava e administrava, integrava e presidia a Junta de Governo e era o comandante do Exército chileno. Por meio do Decreto-lei nº 5 de 22 de setembro de 1973, a junta militar declarou que “*el*

¹² Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório nº 62/02, Caso 12.285 Michael Domingues contra Estados Unidos, 22 de outubro de 2002.

¹³ Composta pelo Comandante do Exército: Augusto Pinochet Ugarte; pelo Comandante da Marinha: José Toribio Merino; pelo Comandante da Força Aérea: Gustavo Leigh Guzmán e pelo Comandante da polícia militar (*carabineros*): César Mendoza Durán.

estado de sitio por conmoción interna que regía al país debía entenderse como 'estado o tiempo de guerra'".

Desde o dia do golpe de Estado até o fim do governo Pinochet em 10 de março de 1990, o Chile viveu uma repressão generalizada contra as pessoas que o regime militar considerava como opositores. Essa repressão se caracterizou pela prática massiva e sistemática de fuzilamentos e execuções sumárias, torturas (incluindo a violação sexual, principalmente contra mulheres), privação de liberdade à margem da lei, sequestros, desaparecimentos e outras violações dos direitos humanos cometidas por agentes do Estado.

As vítimas dessas violações foram funcionários do governo deposto, dirigentes políticos de partidos de esquerda (Comunista, Socialista, Radical, MAPU, MIR e Esquerda Cristã); dirigentes sindicais; de organizações de estudantes e de movimentos sociais. Assinale-se ainda que muitos foram assassinados, sofreram violências, abusos e/ou viram atropelados os seus direitos humanos sem nunca terem militado em partido político ou participado em movimentos sociais.

Em geral, os executados extrajudicialmente foram pessoas que se encontravam detidas, isto é, não tinham a menor possibilidade de defesa. Via de regra, essas execuções realizaram-se de noite e em lugares afastados. Para encobrir os crimes, muitas vezes os militares ou policiais simularam fugas ou enfrentamentos.

Nesse contexto, aconteceu a execução de Luis Alfredo Almonacid Arellano, de 42 anos, casado, pai de três filhos, militante do Partido Comunista e dirigente do sindicato de professores da cidade de Rancagua (ao sul de Santiago). No dia 14 de setembro de 1973, aproximadamente às 11h, policiais (carabineros) invadiram sua residência e o prenderam, porém, enquanto era conduzido ao furgão policial, sem haver qualquer resistência ou reação por parte do preso, foi vilmente metralhado diante da sua família e dos vizinhos. Em consequência

desses ferimentos, veio a falecer em 17 de setembro de 1973.

3.2. O Direito

Muito embora, desde outubro de 1973, a família de Almonacid Arellano, por meio de sua viúva, Sra. Elvira Gómez Olivares, tenha tentado, insistentemente, perante o Poder Judiciário a apuração dos fatos, a identificação e a punição dos responsáveis, de acordo com os princípios da justiça, nada de positivo obteve até 1996. Em continuação relatamos os eventos mais destacados da saga da família da vítima no âmbito do Poder Judiciário chileno.

Aos 3 de outubro de 1973, a Primeira Vara do Crime de Rancagua iniciou o processo nº 40.184, para apurar a morte de Almonacid Arellano, o qual foi arquivado em 7 de novembro do mesmo ano. Muito embora a Corte de Apelações tenha revogado a decisão de arquivar o feito, a referida Vara do Crime de Rancagua nunca demonstrou vontade de que queria realmente apurar os fatos. Os autos foram várias vezes arquivados. Por sua parte, a Corte de Apelações mandava desarquivá-los e dar prosseguimento às investigações. Esse jogo durou até 4 de setembro de 1974, ocasião em que a referida Corte confirmou a decisão de primeiro grau.

Em 18 de abril de 1978 a Junta de Governo baixou o Decreto-lei nº 2.191 concedendo anistia:

"Art. 1º - ...a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de Septiembre de 1973 y el 10 de Marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas.

Art. 2º - Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de Septiembre".

Em 4 de novembro de 1992, a senhora Gómez Olivares, por seu advogado, solicitou a reabertura do processo nº 40.184. Em virtude disso, a Primeira Vara do Crime de Rancagua tomou os depoimentos dos réus Manuel Segundo Castro Osório e de Raúl Hernán Neveu Cortesi. Entretanto a referida Vara se declarou incompetente para conhecer os fatos e remeteu o processo à Justiça Militar (*Fiscalía Militar y de Carabineros de San Fernando*). A autora apelou dessa decisão perante a *Corte de Apelaciones* que revogou as resoluções de incompetência do Juiz da Primeira Vara, considerando que não existia certeza suficiente sobre o *status* civil ou militar das pessoas que participaram dos fatos. Assim mantiveram-se abertas as investigações, porém, apenas formalmente, uma vez que as apurações não avançaram.

Em 8 de fevereiro de 1995, o juiz de primeiro grau declarou encerrado o caso, mesmo estando inconclusas as investigações. Poucos dias depois, em 15 de fevereiro de 1995, o mesmo juiz, aplicando a lei de anistia (Decreto-lei nº 2.191), encerrou definitivamente o processo.

Posteriormente, em novembro de 1995, a Corte de Apelações revogou a sentença de primeiro grau, determinando o prosseguimento das investigações; contudo, o juízo “*a quo*”, novamente em 5 de junho de 1996, declarou encerrada a inquirição dos fatos. Em 28 de Agosto de 1996, a Corte de Apelações ordenou ao “*a quo*” promover a responsabilidade criminal contra o presumível responsável Neveu Cortesi. Assim pela primeira vez, em 31 de agosto de 1996, mais de vinte anos após o início do processo, o “*Primer Juzgado del Crimen de Rancagua*” expediu mandado de prisão contra Raúl Hernán Neveu Cortesi como autor e contra Manuel Segundo Castro Osório como cúmplice do homicídio de Luis Alfredo Almonacid Arellano.

Entretanto, em 27 de setembro de 1996, o *Segundo Juzgado Militar de Santiago* solicitou ao *Primer Juzgado del Crimen de Rancagua* que se inibisse de seguir conhecendo do

caso, considerando que os réus “*a la fecha de los hechos se encontraban en servicio activo, estando sujetos al fuero militar*”. Em 7 de outubro de 1996, o *Primer Juzgado del Crimen* negou a solicitude de inibição, suscitando assim um incidente de competência que subiu à Corte Suprema. No dia 5 de dezembro de 1996, o órgão máximo da justiça chilena resolveu que era competente para seguir conhecendo do assunto “*el Segundo Juzgado Militar de Santiago, al cual se deberá remitir el expediente*”.

Em 14 de janeiro de 1997, os promotores militares da *Segunda Fiscalía de Ejército y Carabineros* solicitaram ao *Segundo Juzgado Militar* que procedesse ao encerramento total e definitivo do processo por encontrar-se extinta a responsabilidade penal de Castro Osorio e Neveu Cortesi em virtude da lei de anistia (Decreto Ley nº 2.191).

Em 28 de janeiro de 1997, a Segunda Vara da Justiça Militar de Santiago aplicou a referida lei de anistia argumentando, entre outros, que:

[...] “*el derecho se inspira en dos valores que le son propios, a saber, la justicia y la seguridad jurídica.*

En la medida en que las normas jurídicas están basadas en estos valores el derecho podrá lograr un fin último que es la paz social.

La amnistía es una institución que fundada en la seguridad jurídica, en cierta medida prescinde de la justicia, con el objeto de obtener la paz social, fin último y esencial del derecho que [da] razón a su existencia.

[...] *Un Estado de Derecho como el de Chile se expresa entre otras conductas básicas en el império de la ley, por lo que el mandato de la ley de amnistía no puede quebrantarse sin alterar el orden constitucional y la legalidad inscrito en él.*

El efecto de la amnistía se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, por lo [que] dictada una lei de amnistía y establecido que el hecho quedo comprendido dentro del periodo por ella

cubierto deben sobrellevarse definitivamente los procesos pendientes.

[...] Con la amnistía el delito deja de serlo, por lo que resulta absolutamente inútil [agotar] la investigación en el caso de un hecho respecto del cual está acreditado que acaeció durante el período cubierto por la amnistía."

Em 26 de fevereiro de 1997, a viúva de Almonacid Arellano apelou dessa sentença perante a Corte Marcial, que em 25 de março de 1998 confirmou a decisão do *Segundo Juzgado Militar*. Entre os argumentos espostos, reproduziu elementos da jurisprudência da Corte Suprema de Justiça no sentido que:

[...] "la amnistía es una causal objetiva de extinción de responsabilidad criminal y sus efectos se producen de pleno derecho a partir del momento establecido por ley, sin que puedan ser rehusados por sus beneficiarios [...], pues se trata de leyes de derecho público, que miran al interés general de la sociedad. Lo expresado significa, que una vez verificada la procedencia de la ley de amnistía deben los jueces proceder a declararla, sin que en consecuencia tenga obligatoria aplicación lo dispuesto en el artículo 413 [del Código de Procedimiento Penal], que exige para decretar el sobreseimiento definitivo que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y determinar la persona del delincuente."

Quanto à aplicação das convenções internacionais de direitos humanos, a *Corte Marcial* entendeu que não eram idôneas para tirar eficácia à lei de anistia (Decreto Ley nº 2.191 de 1978), uma vez que seriam posteriores, tendo em vista que o Pacto de San José de Costa Rica foi ratificado pelo Chile em 21 de agosto de 1990 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi incorporado ao direito chileno em 29 de abril de 1989. Por tudo isso,

"no puede retrotraerse su aplicación, afectando al principio de la irretroactivi-

dad de la ley penal, puesto que ello equivaldría a sostener que responsabilidades penales definitivamente extinguidas en virtud de la amnistía han tenido la virtud de renacer después. Lo anterior contradice la esencia de la amnistía que es siempre ley penal más benigna para quienes resulten favorecidos por ella."

Na ocasião a Ministra Morales foi voto vencido, ela considerou que o homicídio de Almonacid Arellano ocorreu numa época em que vigorava no Chile um estado de guerra interna e que o referido delito, considerando as circunstâncias e o modo em que foi cometido, é uma das ações proibidas pelo artigo 3 (comum) da Convenção de Genebra de 1949, sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos. Além disso, a Ministra sublinhou que o art. 52 da referida Convenção estabeleceu claramente que os crimes de guerra não são passíveis de anistia e também são imprescritíveis. Entretanto, vergonhosamente, o Ministério Público Militar não impugnou a referida sentença da Corte Marcial.

Em 9 de abril de 1998, a viúva de Almonacid Arellano interpôs recurso contra essa sentença da Corte Marcial. Entretanto, a Corte Suprema de Justiça do Chile não conheceu do recurso por considerá-lo extemporâneo e, no dia 11 de novembro de 1998, ordenou o arquivamento do processo.

Nessas circunstâncias, em setembro de 1998, esgotados os recursos no âmbito interno, a família da vítima apresentou denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que recebeu com o nº 12.057) por denegação de justiça. Em novembro de 2002, a Comissão adotou o Parecer nº 44/02, declarando admissível a petição. Quanto ao mérito, em 7 de março de 2005, a Comissão aprovou o Parecer nº 30/05 concluindo que o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 8 e 25 em conexão com os arts. 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, efetuando uma série de recomendações para sanar tais violações. Ante o mutismo do

Estado, em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos que, seguindo todos os aspectos regulamentares e processuais, decidiu por unanimidade, em 26 de setembro de 2006, indeferir as exceções preliminares interpostas e que efetivamente o Estado do Chile não cumpriu as obrigações derivadas dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, tendo violado os direitos consagrados nos artigos 8.1 e 25 do referido tratado em prejuízo da esposa de Almonacid Arellano, Sra. Elvira del Rosario Gómez Olivares, e de seus filhos, Alfredo, Alexis e José Luis Almonacid Gómez. Sentenciou ainda que, ao pretender anistiar aos responsáveis por crimes contra a humanidade, o Decreto-lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana, portanto carece de efeitos jurídicos. Por último, elencou uma série de medidas tendentes a assegurar a execução da sentença bem como para servir de reparação do crime em questão.

Sublinhe-se nesta sentença que o assassinato de Almonacid Arellano foi definido como crime contra a humanidade¹⁴ porque *“formó parte de una política de Estado de represión a setores da sociedade civil, y representa solo un ejemplo del gran conjunto de conductas ilícitas similares que se produjeron durante esa época”*¹⁵. No mesmo sentido, no parágrafo 103, a Corte explicita:

“Como se desprende del capítulo de Hechos Probados [...] desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 gobernó en Chile una dictadura militar que dentro de una política de Estado encaminada a causar miedo, atacó

¹⁴ Em vários parágrafos da sentença, a Corte se pronunciou sobre o conceito de crime contra a humanidade; ver por exemplo os parágrafos 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106 e 107. A noção de crime contra a humanidade aparece pela primeira vez no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, anexado ao acordo de Londres de 8 de agosto de 1945. Sobre o assunto, ver Israel (2005, p. 392-412).

¹⁵ Parágrafo 129 da sentença.

masiva y sistemáticamente a sectores de la población civil considerados como opositores al régimen, mediante una serie de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional, entre las que se cuentan al menos 3.197 víctimas de ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas, 33.221 detenidos, de quienes una inmensa mayoría fue víctima de tortura”.

Nesse contexto, é importante assinalar que, de acordo com o Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia¹⁶, um único caso de violação dos direitos humanos, como no caso em tela, cometido por um único agente, constitui crime contra a humanidade se o crime é cometido num contexto de prática generalizada ou sistemática posta em vigor por um regime político baseado no terror e na perseguição contra a população civil. Esses elementos estão presentes no crime cometido contra Almonacid Arellano.

Outro aspecto fundamental julgado neste caso é a impossibilidade de anistiar os crimes de lesa-humanidade.

4. Conclusões

Nos casos aqui analisados, chama a atenção a ferocidade da violência do Estado cometida sobre os próprios cidadãos que por definição deveria proteger. Em segundo lugar, salta aos olhos o imenso lapso temporal que levaram as vítimas e/ou seus familiares para obter justiça. No caso Barrios Altos, desde a chacina até o reconhecimento do Estado peruano de sua responsabilidade no caso e a homologação por sentença do Acordo de Reparações, transcorreram mais de dez anos¹⁷. No caso

¹⁶ Sobre o assunto, ver o caso *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, *Opinion and Judgement*, May 7, 1997, par. 649. No mesmo sentido, *Prosecutor vs. Kupreskic, et al*, IT-95-16-T, *Judgement*, January 14, 2000, par. 550. Ver também o caso *Prosecutor vs. Kordic and Cerkez*, IT-95-14/2-T, *Judgement*, February 26, 2001, par. 178.

¹⁷ Desde a noite da chacina, em 3 de novembro de 1991, até o 30 de novembro de 2001, data da

Almonacid Arellano, desde o fatídico dia do seu assassinato em 14 de setembro de 1973 até a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 33 anos se passaram.

Essa jurisprudência nos permite afirmar, em primeiro lugar, que o Direito veio ao encontro do ser humano a partir da reação da consciência jurídica universal chocada diante dos frequentes abusos cometidos contra seres humanos muitas vezes agasalhados pela lei positiva. Em segundo lugar, permite-nos afirmar também a solidez teórica da tendência de superação do positivismo na busca de fundamentos para a punição de crimes cometidos diretamente pelo Estado ou por indivíduos com a convivência deste. Como afirmou Cançado Trindade:

*“Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno”.*¹⁸

Por outro lado, constatamos a utilização do Direito Internacional como uma barreira contra a injustiça estatal em dois planos, um substantivo, afirmando normas vinculantes ou imperativas (*jus cogens*) com caráter universal, e outro processual, colocando à disposição das vítimas mecanismos de proteção supranacional (jurisdição universal).

No âmbito dessa jurisdição, foi julgada a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Foi entendido que essas normas, muito embora completas do ponto de vista

homologação do Acordo de Reparações pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁸ Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, parágrafo 14.

formal, carecem de efeitos jurídicos e que os respectivos Estados deviam investigar os fatos para identificar e punir as pessoas responsáveis pelas violações de Direitos Humanos e divulgar publicamente os resultados dessa investigação.

No caso Almonacid Arellano, foi decidida a impossibilidade de anistiar os crimes de lesa-humanidade ainda que sejam cometidos por um único agente contra uma só pessoa num contexto de prática generalizada ou sistemática posta em vigor por um regime político baseado no terror e na perseguição contra a população civil.

Em função disso, as sentenças acima analisadas são exemplares, porque assinalam uma reversão da tendência à impunidade já tradicional na América Latina e o valor do Direito Penal Internacional nesse processo no qual devemos afirmar enfaticamente que o Estado é apenas um meio para a realização do bem comum e que existe para e em função do ser humano e não ao contrário. Lembremos por derradeiro a lição do festejado jusfilósofo italiano Felice Battaglia (1955, p. p. 184): *“L’individuo ha dei diritti che non deve allo Stato, ma che gli ineriscono, espressione della sua stessa natura in quanto uscita dalle mani di Dio; diritti che lo Stato deve rispettare”.*

Referências

AHUMADA, Eugenio et al. *Chile, la memoria prohibida: las violaciones a los derechos humanos, 1973-1983*. Texto Rodrigo Atria. Santiago de Chile: Pehuén, 1989. 3v.

ALTAMIRANO, Carlos. *Dialética de uma derrota*: Chile 1970/1973. São Paulo: Brasiliense, 1979.

AMBOS, K. *Estudios de Derecho Penal Internacional*. Lima: Editorial Idemsa, 2007.

_____. (Coord.). *La nueva justicia penal supranacional: desarrollos post-Roma*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. 576 p.

_____. *La parte General del Derecho Penal Internacional: bases para una elaboración dogmática*. Montevideo: Konrad Adenauer: Oficina Uruguay, 2005.

_____. Responsabilidad penal individual en el Derecho Penal Supranacional: un análisis jurisprudencial: De Nuremberg a La Haya. *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, v. 21, p. 7-26, oct. 2003. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2021/RESPONSABILIDAD%20PENAL%20INDIVIDUAL.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____; MALARINO, Ezekiel. *Jurisprudencia latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Montevideo: Konrad Adenauer, 2008.

ASENCIO MELLADO, J. M. El Estado Terrorista: análisis probatório de la sentencia de Alberto Fujimori Fujimori. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, v. 14, n. 128, mayo 2009.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge. O caso Pinochet e a Universalização da luta pelos Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.88, n. 763, p. 465-474, maio 1999.

BATTAGLIA, Felice. *Nuovi scritti di teoria dello Stato*. Milano: Giuffrè, 1955.

BOCCIA PAZ, Alfredo; PORTILLO, Carlos; ARES-TIVO, Carlos. *Médicos, ética y tortura en el Paraguay*. Asunción: RP Ediciones, 1992.

BRASIL nunca mais. Prefacio de Dom Paulo Evaristo Arns. 9. ed. Petropolis: Vozes, 1985. 312 p. il

CABRAL, Pedro Correa. *Xambôá: guerrilha no Araguaia*. Rio de Janeiro: Record, 1993. 252 p.

COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN (Chile). Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación: RETTIG. [Santiago de Chile?]: La Nación: Ediciones del Ornitorrinco, 1991. 2. v. Disponível em: <http://www.archivochile.com/Derechos_humanos/Com_Rettig/hhddrettig0010.pdf>. Acesso em: 13 out. 2011.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (Argentina). *Nunca más*: informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. 7.ed. Buenos Aires: Eudeba, 2006. 482 p.: il.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, Luiz Cláudio. *Operação Cóndor: o sequestro dos uruguaios: uma reportagem dos tempos da ditadura*. Porto Alegre: L&PM, 2008.

DINGES, John. *Operación Cóndor: una década de terrorismo internacional en el Cono Sur*. Santiago: Ediciones B., 2004.

DIREITO à memória e à verdade. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 499 p.: il.

DORFMAN, Ariel. *O longo adeus a Pinochet*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

EKAIZER, Ernesto. *Yo, Augusto*. Buenos Aires: Aguilar, 2003. 1022 p.

EXILIO, derechos humanos y democracia: el exilio Chileno en Europa. Bajo la dirección de Fernando Montupil I. Jorge Barudy ... [et al.]; bajo el patrocinio de la Coordinación Europea de Comites Pro-Retorno. Santiago de Chile: Servicios Gráficos Caupolicán, 1993. 192 p.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Uruguay. In: ARNOLD, Jörg; SIMON, Jan-Michel; WOISCHNICK, Jan (Ed.). *Estado de Derecho y delincuencia de Estado en America Latina: una vision comparativa*. México: UNAM, 2006. p. 259-271. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2116/12.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2011.

GARCÍA NETTO, Irma Adriana. Los principios generales del derecho, las fuentes romanas y su recepción en la jurisprudencia argentina. *Temas de Administración Pública*, Araraquara, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: <<http://master.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/02GARCIA.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2011.

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. v. 1.

GONZÁLEZ, Mónica. *Los mil y un días del golpe*. Santiago de Chile: Ediciones B, 2000. 507 p.

GRAVEN, Jean. Les crimes contre l'humanité. In: ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE. *Recueil des Cours*. Paris: Sirey, 1950 v. 76, p. 433-607.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*. 2. ed. Ardsley, NY: Transnational Publishers, c2000.

JUROVICS, Yan. *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*. Paris: LGDJ, 2002. 526 p. (Bibliothèque de droit international et européen).

MARITAIN, Jacques. *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*. Buenos Aires: Leviatán, 1982.

MEILINGER DE SANNEMAN, Gladys. *Paraguay y la "Operación Cóndor" en los "Archivos del Terror"*. Asunción, Paraguay: A.R. Impresiones, 1994. 155 p.

NORRIS, Robert E. Leyes de Impunidad y los Derechos Humanos en las Américas: una respuesta legal. *Revista IIDH: Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, C.R., n. 15, p. 47-121, enero/jun. 1992. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/15/dtr/dtr3.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2011.

PAOLI, J. Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en Droit Penal International. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, v. 49, p.129-165, 1941.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000. 797 p.

_____. Dominio de la organización y resolución al hecho. In: _____. *La Teoría del Delito en la discusión actual*. Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007.

_____. Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada. *Revista Penal*, n. 2, p. 61-65, 1998. Barcelona. Disponível em: <<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/31/29>>. Acesso em: 13 out. 2011.

_____. Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos organizados de poder. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 29-32. 1985.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999. v. 2.

VERDUGO, Patricia; HERTZ, Carmen. *Operación siglo XX: verdadera historia del atentado al General Pinochet*. Santiago de Chile: Ornitorrinco, 1999.

Jurisprudência

- Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Buenos Aires, Capital Federal, 9 de Diciembre de 1985, ("Juicio a las Juntas").

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), Fallo Simon, Julio y otros del 14 de Junio de 2005 (Nullidad de la Ley de Obediencia Debida y Punto Final).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile. Sentencia de 26 de Septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia del 14 de Marzo de 2001 (Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 3 de Septiembre de 2001 (Interpretación de la Sentencia de Fondo).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 30 de Noviembre de 2001 (Reparaciones y Costas).

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

- Relatório nº 62/02 de 22 de outubro de 2002. Caso 12.285, Mérito Michael Domingues c. Estados Unidos.

- Relatório nº 19/03 de 6 de março de 2003. Caso 11.725, Acordo de Cumprimento Carmelo Soria Espinoza c. Chile.