



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº Rcl/DD/309/16

RECLAMAÇÃO Nº 22.616/SP

RECLAMANTE : ALCIDES SINGILLO

RECLAMADO : JUIZ FEDERAL DA 9ª VARA FEDERAL CRIMINAL DA SEÇÃO
JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

RELATORA : MINISTRA ROSA WEBER

Ementa. Reclamação. Alegação de que houve descumprimento à decisão do STF na ADPF 153/DF. Não ocorrência. Discussão sobre a extensão dos efeitos da Lei 6.683/79 a crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometido após essa data. Questão pendente de pronunciamento nas ADPFs 153-EDcl/DF e 320/DF. Adoção das razões do parecer emitido na Rcl. 18.686/RJ. Improcedência da reclamação.

Trata-se de reclamação dirigida contra ato do Juízo da 9ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, lançado nos autos do processo nº 0011580-69.2012.403.6181, que teria supostamente descumprido o acórdão do STF proferido na ADPF nº 153.

Em suas razões, a reclamante afirma basicamente que: (i) foi denunciado pelo crime de sequestro, praticado contra a vítima Edgar de Aquino Duarte durante o regime de exceção (junho de 1971); (ii) pugnou pela extinção da punibilidade perante a autoridade reclamada com base no entendimento do STF exarado na ADPF nº 153, mas o pleito restou indeferido sob o fundamento de que o crime de sequestro, por ser de natureza permanente, não estaria abrangido pela Lei de Anistia; e (iii) tal *decisum* deve ser cassado, na medida em que a anistia

reconhecida por essa Corte na referida ADPF foi de forma ampla e geral.

O pleito não deve ser acolhido.

O ato reclamado está assim fundamentado, no ponto que interessa:

"(...).

De início cumpre reavivar o exposto por este Juízo na decisão de recebimento da denúncia (fls. 1.143/1.149):

'Isto posto, impende observar que uma das características da transição política do Brasil, diferentemente de outras experiências continentais, é a ausência de punição dos agentes estatais envolvidos nos excessos perpetrados durante o período de repressão política, vez que delitos como homicídios e lesões corporais, ente outros, foram albergados pela chamada Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), aliás, considerada constitucional pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 153/DF) promovida pelo Conselho Federal da OAB.

No entanto, levando em conta a natureza do delito de sequestro que se protraí no tempo e se prolonga até hoje, somente cessando quando a vítima for libertada, se estiver viva, ou seus restos mortais forem encontrados, não se aplicando, pois as disposições da chamada Lei da Anistia, concedida àqueles que no período de 02/05/1961 a 15/08/1979 perpetraram crimes político ou conexos a estes.

Com efeito, e como se verá a seguir, a vítima desapareceu enquanto permanecia em poder dos órgãos de repressão estatal e seu corpo jamais foi encontrado, sendo lícito presumir, no limiar da ação penal, em que vigora a presunção 'pro societate', que foi detida e sequestrada e que a supressão de sua liberdade perdure até a data de hoje.'

Com efeito, a Lei nº 6.683/79 delimitou expressamente o lapso temporal de alcance dos

fatos que seriam anistiados: 02.09.1961 a 15.08.1979 (art. 1º caput).

Por sua vez, o delito objeto da presente ação penal não se limitou a este período e extrapolou as balizas da Lei de Anistia, conforme já reconhecido por este Juízo quando do recebimento da denúncia.

Por conseguinte, uma vez que o delito atribuído aos réus, apesar de iniciado no período compreendido pela citada lei, não cessou até 15.08.1979, perdurando, segundo elementos constantes dos autos e já apontados por este Juízo (fls. 1143/1149), imperioso reconhecer que a anistia não alcança os fatos tratados nestes autos.

Não se desconhece o efeito vinculante das decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como é o caso da ADPF nº 153, por expressa disposição legal (art. 10, § 3º, Lei 9.882/99).

Contudo, o julgamento da referida Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental reconheceu a validade e vigência da Lei nº 6.683/79, que, conforme já destacado e, em razão da natureza permanente do delito de sequestro, que perdurou após 15.08.1979, não incide na presente hipótese. Vale dizer, o crime permanente irrogado aos réus continua sendo executados após 1979, e assim estão eles excluídos do benefício excepcional da anistia, por extrapolarem os marcos temporais estabelecidos pela própria lei de regência (Lei nº 6.683/79), incidindo, aqui, a mesma ratio do enunciado da Súmula nº 711 do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, improcedem as alegações das defesas quanto à ocorrência de anistia do delito imputado aos réus na presente ação penal."

Como se vê, referido *decisum* não descumpre com a autoridade da decisão dessa Corte. Isso porque a questão de fundo da presente reclamação, relacionada à abrangência ou não da Lei de Anistia aos crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979, encontra-se pendente de resolução tanto nos embargos de declaração opostos nos autos da ADPF 153, quanto na ADPF 320. Além disso, tendo sido imputado ao reclamante o delito de sequestro, cuja vítima ou os respectivos restos mortais não foram localizados

até o presente momento, a natureza permanente dessa infração penal, reconhecida em precedentes dessa Casa (Extradições 974, 1.150, 1.278 e 1.229), impede o reconhecimento da prescrição, nos termos do art. 111, III, do Código Penal¹, e a incidência da Lei de Anistia, que abrange apenas infrações penais relativas ao período de 2/9/1961 a 15/8/1979².

De resto, esse órgão ministerial endossa as razões do Procurador Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, apresentadas em 15/12/2014 nos autos da Rcl. 18.686/RJ, *in verbis*:

“Outra questão de relevo é a imputação na denúncia – *mediante narrativa suficiente, cuja análise do teor descabe em reclamação* – de crime permanente (ocultação de cadáver), circunstância, por si só, apta a afastar a incidência da Lei da Anistia, por ser esta aplicável apenas a crimes cometidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Nesse cenário, a paralisação do processo penal em virtude desta reclamação não se mostra harmoniosa com preceitos fundamentais da Constituição da República.

Conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e da doutrina constitucional brasileira, são preceitos fundamentais, para o fim de cabimento e procedência de ADPF (sem prejuízo de outras), as normas dos arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Carta da República.

Impedir a continuidade da ação penal viola, com o devido respeito, os arts. 1º, III, 4º, I, e 5º, §§ 2º e 3º, da ordem constitucional de 1988.

O não cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos fere

¹ “Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: (...)

III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;”

² Conforme determina o seu art. 1º, adiante reproduzido:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.”

preceitos fundamentais do art. 5º, §§ 2º e 3º, nos quais se determina prevalência, no ordenamento interno, até mesmo sobre normas constitucionais (conquanto não seja esta a discussão), **dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil**. Ao não considerar a jurisdição da Corte Interamericana e considerar as decisões desta como não vinculativas do Brasil, nega-se vigência a ambos os dispositivos.

Por outro lado, os preceitos dos arts. 1º, III, e 4º, I, da CR interagem em nexos de implicação e reforço mútuos. A dignidade humana não é apenas um direito. Uma das tendências mais marcantes do pensamento constitucional contemporâneo é a convicção amplamente difundida de ser **fundamento de validade** dos direitos do ser humano o **princípio da dignidade humana** (art. 1º, III, da Constituição da República).

A dignidade humana é medida e alicerce de todos os direitos fundamentais e centro da proteção ao indivíduo; faz reconhecer em mulheres e homens singularidade não puramente corporal ou animal, mas também racional. Mais do que lhes atribuir racionalidade, trata-se de reconhecer a característica de ser capaz de tomar a si mesmo como objeto de reflexão. A razão é propriedade única do ser humano nesse sentido reflexivo de posicionar-se frente ao mundo, de perceber sua existência e o fim dela e de projetar a própria morte (DILTHEY). Também é marca de ser capaz de programar-se entre atos pretéritos e expectativas de futuro, revelando-se, mais do que um "ser", um "poder-ser", isto é, ser em potencial e em constante evolução, ente em "permanente inacabamento" (HEIDEGGER) e por esse motivo insubstituível. É por causa dessa singularidade que o ser humano possui especial proteção jurídica, em progressivo aperfeiçoamento.

Se o fundamento dos direitos humanos é a existência de cada mulher e homem, cujo valor ético é único e insubstituível, os direitos humanos (art. 4º, I, da Constituição da República de 1988) independem de outra concretização que não a qualidade de "pessoa" dos sujeitos dignos de proteção.

Nesse contexto, entende a Procuradoria-Geral da República que os fatos narrados e comprovados (ao menos para fins de instauração de ação penal) significam violação grave aos preceitos

fundamentais dos arts. 1º, III, e 4º, II, da Constituição de 1988.

Consoante salientam amplamente doutrina e jurisprudência, o déficit de proteção estatal às vítimas de crimes e graves violações de direitos humanos caracteriza omissão não permitida, vedada no Estado de Direito pela **proibição de proteção insuficiente** (a *Untermaßverbot* da doutrina publicista, já reconhecida em decisões do Supremo Tribunal Federal e vinculada ao princípio da proporcionalidade), a qual está diretamente relacionada ao que se denomina de *garantismo positivo*.

Tecendo importantes considerações acerca do princípio da proibição de proteção deficiente, o Ministro GILMAR MENDES, no julgamento do recurso extraordinário 418.376-MS, assentou:

[...] De outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção deficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico.

Quanto à proibição de proteção deficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. **A proibição de proteção deficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental.** Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck:

“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos

os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180).

Recentemente, essa Corte Constitucional reafirmou a necessidade de afastamento de regras que gerem falta de proteção sistêmica, consoante sintetiza a ementa do seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1 **Mandados constitucionais de criminalização:** A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um **mandado de criminalização expresso**, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), **como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)**. Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. **Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: [...]** O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição **confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídi-**

cos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que **as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa**, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. [...] (Habeas corpus 102.826, Segunda Turma, Relator Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 28/2/2012, publicado no *DJ* em 20 ago. 2013).

Correlacionando este caso com o precedente da Suprema Corte, a que se amolda integralmente, conclui-se ser necessário afastar interpretação que implique inoperância dos comandos legais associados a compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil e do decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A propósito do efeito vinculante da sentença da Corte Interamericana no caso GOMES LUND, há de se enfatizar a promulgação pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Posteriormente, nos termos do art. 1º do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, o Brasil reconheceu, de maneira expressa e irrestrita, como “obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o artigo 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Desde então, as decisões proferidas pela Corte em face do Estado brasileiro têm força vinculante para todos os poderes e órgãos estatais. O cumprimento de suas sentenças é mandatário, nos termos da obrigação internacional firmada pela República. O art. 68(1) da própria Convenção estabelece: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira.

Com efeito, o reconhecimento da autoridade da Corte IDH por parte do Brasil cumpre decisão constituinte inscrita no art. 7º do ADCT: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

Não há dúvida acerca da decisão constitucional originária de inserir o Brasil na jurisdição de uma ou mais cortes internacionais de direitos humanos, a constituir vetor interpretativo de conciliação do Direito e da jurisdição internos com o panorama normativo internacional, em processo integrativo também previsto nos §§ 2º e 4º do art. 5º da Constituição da República.

Os atos de ratificação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de reconhecimento da jurisdição da Corte de São José da Costa Rica não podem, por conseguinte, ser interpretados como mera edição de normas ordinárias, muito menos como simples exortações graciosas ao Estado brasileiro. Ao contrário, tais providências normativas inserem-se no contexto do adimplemento do dever constitucional pátrio de proteção aos direitos fundamentais e de integração ao sistema internacional de jurisdição e reclamam compreensão a garantir-lhes a mais plena eficácia, nos termos dos arts. 5º, § 1º, e 4º, II, da Lei Fundamental.

Com o reconhecimento da alta relevância constitucional da matéria subjacente à ADPF 320/DF, resulta do quadro descrito estarem órgãos judiciais brasileiros a recusar autoridade e eficácia à sentença da Corte IDH. Com isso, confrontam o art. 68(1) da Convenção Americana, norma em pleno vigor no país, e o efeito vinculante da sentença internacional.

Essa recusa tem sido causada por *interpretação incompleta* da respeitável decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF, a qual, conforme se apontou, apreciou apenas a constitucionalidade da Lei da Anistia.

Decisões que negam eficácia à sentença GOMES LUND não têm levado em conta a necessidade de a Lei da Anistia submeter-se, igualmente, ao controle de convencionalidade, exercido pela Corte IDH nos limites da respectiva competência, à qual o Brasil se submeteu. Nesse exame, a Lei 6.683/1979 foi considerada inválida e ineficaz, nos termos já expostos.

O Ministério Público Federal reputa não caber ao Poder Judiciário recusar cumprimento de norma incorporada ao direito interno – no caso, o art. 68(1) da Convenção Americana –, sem opor-lhe,

de maneira fundamentada, vício de constitucionalidade. Em outras palavras, para que qualquer órgão público possa recusar aplicação àquele preceito da Convenção Americana, haveria de demonstrar-se vício constitucional, formal ou material, nos atos praticados pelas autoridades brasileiras que exerceram, em nome da República, a decisão soberana de ratificar a convenção e, depois, de reconhecer a autoridade da Corte de São José.

Tanto no plano formal como no substancial não há mácula a comprometer a constitucionalidade desses atos. O texto da Convenção, assim como o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, foram aprovados de forma regular pelo Congresso Nacional, pelos Decretos Legislativos 27, de 26 de maio de 1992, e 89, de 3 de dezembro de 1998. O Poder Executivo ratificou ambos internamente, pelos Decretos 678, de 6 de novembro de 1992, e 4.463, de 8 de novembro de 2002. Portanto, o procedimento constitucionalmente fixado para vigência e eficácia do tratado foi seguido de modo fiel (Constituição, arts. 49, I, e 84, VIII).

No plano material, tampouco se identifica incompatibilidade entre a deliberação presidencial e congressional de reconhecimento da competência da Corte e a ordem constitucional de 1988. Ao contrário, como visto, a participação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos – com o decorrente e natural reconhecimento de sua autoridade – é concretização do mandado do art. 7º do ADCT e tributária do sistema de proteção aos direitos humanos previsto no art. 5º e parágrafos da Constituição.

Em realidade, à luz do art. 7º do ADCT, inconstitucionalidade poderia existir se o Estado brasileiro imotivadamente se omitisse em ingressar no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e dele participar. Não se pode, portanto, negar força normativa à Convenção Americana relativamente à obrigação de observar e cumprir as decisões da Corte Interamericana.

Premissa dessa compreensão é a “aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988”, porque “a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da

pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais”.³

É possível compatibilizar a decisão do STF na ADPF 153/DF com a da Corte IDH no caso GOMES LUND. Fazendo paralelo com possíveis choques entre normas constitucionais originárias, é pacífica a necessidade de conciliação entre dispositivos constitucionais aparentemente opostos. O mesmo deve-se dar com a aparente oposição entre a norma constitucional e a internacional, sob pena de, ao vislumbrar apenas aspectos formais ligados à supremacia da Carta Federal, fixar-se interpretação constitucional contrária à proteção internacional de direitos humanos, o que fere um dos alicerces da Constituição da República de 1988. Irônica e contraditoriamente, ao se afirmar de modo apressado a supremacia dela sobre a Convenção, viola-se seu essencial caráter protetivo de direitos humanos.⁴

O reconhecimento da aplicabilidade dos tratados ratificados pelo Brasil, registra CARVALHO RAMOS, é consequência necessária dos vários comandos constitucionais que aludem a “tratados de direitos humanos”, como os §§ 2º e 3º do art. 5º e o art. 7º do ADCT/1988. Indaga o autor: “de que adiantaria a Constituição pregar o respeito a tratados internacionais de direitos humanos se o Brasil continuasse a interpretar os direitos humanos neles contidos nacionalmente?”⁵

Em sentido convergente, a Corte Suprema de Justiça argentina, no julgamento sobre as leis nacionais “Ponto Final”⁶ e “Obediência Devida”⁷ igualmente registrou que “de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional”.⁸

³RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2004. p. 127.

⁴RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Ob. cit., p. 129-130.

⁵RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 355.

⁶Lei 23.492, de 24 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://bit.ly/ley23492Arg>> ou <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁷Lei 23.521, de 8 de junho de 1987. Disponível em: <<http://bit.ly/ley23521Arg>> ou <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

⁸Decisão da Corte Suprema da Nação Argentina em “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa nº 259 – 24/8/2004 – Fallos: 327:3312”, *apud* CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA. *Delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires: Corte Suprema, 2009. p. 172. Disponível em: <<http://bit.ly/juri000j>> ou <<http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf>>. Acesso em:

Não se trata, pois, de considerar que a Corte IDH exerça papel de quarta ou quinta instância adicional ou sobreposta ao Judiciário interno. Sua missão é distinta: zelar pela observância, por parte dos Estados que integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, das obrigações assumidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outras convenções regionais nesse campo. Nesse plano, todo ato estatal, normativo ou material, de qualquer de seus órgãos ou entes federativos, se sujeita a escrutínio da jurisdição internacional, em especial sob o enfoque do controle de convencionalidade. A competência da Corte IDH volta-se ao juízo de convencionalidade de atos materiais e normativos dos Estados, ou seja, a verificar a compatibilidade desses atos com normas e obrigações internacionais assumidos pelos Estados. Estão sujeitos a esse controle tanto atos administrativos como legislativos e judiciais, porquanto todos possuem natureza de atos estatais.

Na hipótese de reconhecimento de incompatibilidade entre algum desses atos e a Convenção – juízo que em última instância cabe à Corte IDH – é inexorável a observância, pelas autoridades internas, da sentença desta, diante de seu efeito vinculante, não só para o caso, como em todos os decorrentes do mesmo parâmetro normativo.

Na síntese de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS,⁹ “as sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada *inter partes*, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam. Ignorar o efeito de coisa interpretada e enfatizar a vinculação das partes somente em um litígio perante a Corte é atitude, no mínimo, irrealista dos órgãos que representam o Estado e que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional”.

Tal situação identifica-se também nesta reclamação. O Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana no caso GOMES LUND a promover persecução penal de graves violações a direitos humanos na Guerrilha do Araguaia, com

21 out. 2014.

⁹RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. Ob. cit., p. 236.

desconsideração de óbices relativos, entre outros, a anistia, prescrição e coisa julgada. Essa decisão é vinculante e de observância obrigatória para todos os órgãos do Estado, inclusive Ministério Público, polícia criminal e Poder Judiciário, em decorrência da ratificação e promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do ato de reconhecimento da competência da Corte – em obediência a mandado constitucional específico.

Não obstante esse dever de respeito por parte de todos os órgão estatais ao decidido pela Corte IDH, constata-se (a) recusa ao efeito vinculante da sentença internacional e (b) embaraço ao prosseguimento da persecução penal por fundamentos de anistia, prescrição e coisa julgada.

Há, portanto, nítida incompatibilidade entre atos estatais (judiciais) brasileiros (como a suspensão da ação penal) e o conteúdo da sentença internacional, caracterizando, a um só tempo, desrespeito à obrigação internacional inscrita no art. 68(1) da Convenção Americana e violação a preceitos fundamentais da Constituição brasileira (art. 7º do ADCT, art. 5º, §§ 1º e 2º, e art. 4º, II).

Descabe alegar que a independência do Judiciário o eximiria do dever de observar a decisão da Corte IDH. Sob o ângulo do Direito Internacional, juízes são órgãos do Estado e a decisão internacional também se lhes aplica.

A Constituição brasileira, ao ser interpretada segundo a premissa de compatibilização dos sistemas interno e internacional de proteção aos direitos humanos, confere plena força vinculante à sentença do caso GOMES LUND, inclusive acerca da interpretação judicial da Lei 6.683/1979.

Reitere-se que depois da decisão da ADPF 153/DF, o tribunal internacional com jurisdição e competência para julgar a matéria proferiu sentença de mérito afirmando que “o Estado [brasileiro] é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 [...], pela falta de investigação dos fatos do [...] caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada”. Declarou, também, que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis

com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

Em consequência, nos termos do ponto resolutivo 9 da sentença, “o Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da [...] Sentença”.

Na perspectiva do Direito Internacional, é irrelevante que os obstáculos opostos à aplicação da lei penal sejam estabelecidos pelo Poder Judiciário do Estado-Parte, pois decisão judicial é ato que, como outros emanados de órgãos nacionais legislativos e executivos, expressa vontade do Estado no sentido de cumprir (ou não) sentenças emanadas dos tribunais internacionais competentes aos quais o Estado se haja voluntariamente submetido.

Não parece a melhor solução que, tendo o Brasil aceitado a jurisdição da Corte Interamericana por ato de vontade soberana regularmente incorporado ao ordenamento jurídico e se comprometido a cumprir as decisões dela, deixe de considerar a validade e a eficácia da sentença em questão. Isso significaria flagrante descumprimento dos compromissos internacionais do país e do mandado constitucional de aceitação da jurisdição do tribunal internacional.

Esse aspecto ajuda a reforçar a diferença de extensão entre a decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF (sobre a qual se escorou a pretensão da reclamação) e a sentença internacional no caso GOMES LUND. Enquanto naquela, a decisão foi pela constitucionalidade da anistia a agentes estatais em quaisquer crimes, a sentença da Corte IDH possui abrangência mais limitada (mas igualmente válida e eficaz): considerou a invalidade da anistia apenas nos casos de graves violações a direitos humanos e, especialmente, nos de desaparecimento forçado. A Corte de São José, portanto, não reviu a decisão do STF (até porque lhe falta competência a tanto),

mas apontou inaplicabilidade de determinadas normas internas, entre elas preceitos de anistia, prescrição e coisa julgada, a fim de garantir proteção judicial de vítimas de graves violações a direitos humanos. Nos demais casos, permanecem de aplicação exclusiva o acórdão prolatado na ADPF 153/DF e demais óbices normativos existentes à responsabilização criminal.

Entretanto, o acórdão proferido na ADPF 153/DF não ampara a reclamação.

Se essa Suprema Corte viesse a admitir a permanência da atual situação de incompatibilidade entre os atos judiciais de negativa de persecução penal a crimes cometidos com graves violações a direitos humanos durante a ditadura militar e a sentença do caso GOMES LUND, impor-se-ia a necessidade de declarar inconstitucional o ato de incorporação do art. 68(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Estar-se-ia fixando que tal comando convencional não tem valor nem eficácia perante a Constituição brasileira.

Nesse caso, o repúdio à obrigação fixada no art. 68(1) da Convenção e sua potencial declaração de inconstitucionalidade deveriam conduzir à denúncia integral da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Estado brasileiro, porquanto tal ato internacional se submete (art. 75 da convenção) às regras do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (promulgada pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009). Esse dispositivo da Convenção de Viena determina que a denúncia ou retirada de tratado somente se pode dar de modo integral, salvo previsão específica no próprio texto (a qual inexistente na Convenção Americana).

Para desconsiderar o dever de cumprir a condenação da Corte IDH, a providência política e jurídica implica necessariamente saída do Brasil do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois inexistente solução de renúncia parcial à força normativa do tratado.

Longe de considerar essa hipótese como cenário real – por si só de duvidosa constitucionalidade e de gravíssima repercussão no relacionamento internacional do País –, a referência convida à necessidade de interpretação harmoniosa entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, conciliando competências, jurisdições e paradigmas normativos. Precisamente para evitar responsabilização internacional do Estado brasileiro, expondo-o a sanções e alçando-o à

posição de inadimplente perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, impõe-se adotar hermenêutica voltada à compatibilização entre o direito interno e o direito internacional.

O Brasil não é o único Estado do continente onde atrocidades foram cometidas contra dissidentes do regime do momento, tampouco o único a ser condenado a promover a persecução penal de desaparecimentos forçados, execuções sumárias e outras condutas que, já na época, eram tipificadas como crimes nos respectivos ordenamentos internos. Como salientou a Corte IDH nos parágrafos 148 e 149 da sentença GOMES LUND:

148. Conforme já fora antecipado, este Tribunal pronunciou-se sobre a incompatibilidade das anistias com a Convenção Americana em casos de graves violações dos direitos humanos relativos ao Peru (BARRIOS ALTOS e LA CANTUTA) e Chile (ALMONACID ARELLANO e outros).

149. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos. Além das mencionadas decisões deste Tribunal, a Comissão Interamericana concluiu, no presente caso e em outros relativos à Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai, sua contrariedade com o Direito Internacional. A Comissão também recordou que: se pronunciou em um número de casos-chave, nos quais teve a oportunidade de expressar seu ponto de vista e cristalizar sua doutrina em matéria de aplicação de leis de anistia, estabelecendo que essas leis violam diversas disposições, tanto da Declaração Americana como da Convenção. Essas decisões, coincidentes com o critério de outros órgãos internacionais de direitos humanos a respeito das anistias, declararam, de maneira uniforme, que tanto as leis de anistia como as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de Estado, que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições desses instrumentos.

Não procede alegar que careceria a Corte IDH de jurisdição sobre fatos anteriores a dezembro de 1998, data da publicação do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, cujo teor

reconheceu a competência contenciosa da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É que, consoante jurisprudência da própria Corte IDH, intérprete autorizada dos próprios atos, as violações de direitos fundamentais objeto da sentença do caso GOMES LUND não dizem diretamente respeito a atos atentatórios à vida, à integridade física e à liberdade dos mortos e desaparecidos políticos, perpetrados nas décadas de 1970 e 1980, **mas à omissão estatal** em buscar o paradeiro dos desaparecidos e em investigar e promover a responsabilização penal dos agentes estatais envolvidos em graves violações a direitos humanos cometidas durante a ditadura militar.

Dita omissão detém caráter permanente e prolonga-se até os dias atuais, motivo pelo qual a Corte de São José possui plena competência para decidir a respeito dos efeitos presentes da Lei 6.683/1979 e da renitente omissão estatal em promover a persecução penal dos crimes cometidos no período, inclusive os de caráter instantâneo, quando imprescritíveis.

A acusação em primeiro grau envolve condutas tipificadas como criminosas ao tempo dos atos e, simultaneamente, são elas consideradas “graves violações a direitos humanos” para fins de incidência dos pontos resolutivos 3 e 9 da sentença GOMES LUND.

O ponto 3 da sentença contém decisão de natureza declaratória, ao assentar que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

A tutela declaratória (de efeitos *erga omnes*) não alcança todas as causas de extinção de punibilidade que possam incidir sobre as “graves violações de direitos humanos” ocorridas em território brasileiro durante o regime militar, mas tão somente sobre aquela prevista na primeira parte do art. 107, II, do atual Código Penal, isto é, a anistia.

Foram as ações à margem da lei dos agentes estatais – como no caso – que resultaram no cometimento de crimes de lesa-humanidade e de graves violações a direitos humanos, objeto da sentença da Corte IDH e deste processo.

Além disso, a partir do desaparecimento de VIRGÍLIO GOMES DA SILVA, em São Paulo, em setembro de 1969, e de MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA, no Rio de Janeiro, no início de 1970, houve cometimento sistemático do crime internacionalmente conhecido como *desaparecimento forçado*. Tal delito consiste na privação da liberdade de pessoa, praticada por agentes do Estado, seguida da falta de informação ou da recusa em reconhecer tal privação da liberdade ou em informar sobre o paradeiro da vítima. Essa infração penal foi perpetrada contra ao menos 150 desaparecidos políticos,¹⁰ reconhecidos como tal pela Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995, e pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos.

Sem prejuízo das considerações acerca da estrutura e do funcionamento dos organismos de repressão política lançadas nas 9 ações penais já ajuizadas (e na ação penal correlata a esta reclamação), torturas, mortes e desaparecimentos não eram acontecimentos isolados no quadro da época, mas a parte mais violenta e clandestina de sistema organizado para suprimir a todo custo a oposição ao regime, não raro mediante ações criminosas cometidas e acobertadas por agentes do Estado.

Desaparecimentos forçados, execuções sumárias, torturas e muitas infrações penais a eles conexas **já eram**, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como **crimes contra a humanidade**, razão pela qual devem sobre eles incidir as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de Direito Internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro internacional,¹¹ que

¹⁰Cf. BRASIL. *Direito à memória e à verdade*: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/dirmever>>

ou <http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verda_de_sem_a_marca.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014. *Vide* quadro *apud* JOFFILY, Mariana. *No centro da engrenagem*: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI de São Paulo (1969-1975). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional; São Paulo: EDUSP, 2013. p. 324.

¹¹ Como se sabe, o costume é fonte de Direito Internacional e, nos termos do art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (promulgada no país pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009),

definem como tal desaparecimentos forçados, execuções sumárias à margem da lei (também conhecidas internacionalmente como *execuções extrajudiciais*), tortura e outros delitos cometidos no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil. Como uma das consequências do reconhecimento desses delitos, cabe submissão à jurisdição universal e declaração de insuscetibilidade de anistia e prescrição.

A reprovação jurídica internacional a tais condutas e a **imprescritibilidade da ação penal** correspondente evidenciam-se pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior:

- a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945);¹²
- b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945);¹³
- c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950);¹⁴
- d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954);¹⁵
- e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966);¹⁶
- f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966);¹⁷
- g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967);¹⁸

possui força normativa vinculante mesmo para Estados que não tenham participado da formação do tratado que reproduza regra consuetudinária.

¹²*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*. Londres, 8 ago. 1945. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.as>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹³*Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, art. II. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁴Texto adotado pela Comissão de Direito Internacional e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas como parte do relatório da Comissão. O relatório foi publicado no *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, v. II e está disponível em: <<http://bit.ly/juri0001>> ou <https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht5/Materialien/Nuremberg_Principles.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2014.

¹⁵*Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693)*. Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), Disponível em: <<http://bit.ly/un000A>> ou <http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁶Disponível em: <<http://bit.ly/un000B>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁷Disponível em: <<http://bit.ly/un000B>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014. O artigo 1 da resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como crime contra a humanidade.

¹⁸Disponível em: <<http://bit.ly/un000D>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969);¹⁹

i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970);²⁰

j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971);²¹

k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).²²

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade (1968),²³ a imprescritibilidade estende-se aos "crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946".

Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da década de 1950 e das resoluções de sua Assembleia Geral em meados dos anos 1960, crescente tendência de dispensar o elemento contextual "guerra" na definição dos crimes contra a humanidade.

Especificamente o uso da expressão "desaparecimento forçado de pessoas" difundiu-se no plano internacional a partir de milhares de casos de sequestro, homicídio e ocultação de cadáver de militantes políticos contrários a regimes ditatoriais instalados na América Latina.

Um dos primeiros registros internacionais desse *nomen juris* está na Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas.²⁴ A resolução, editada um ano antes da lei brasileira de anistia, convoca os

¹⁹Disponível em: <<http://bit.ly/un000G>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/24/ares24.htm>>.

Acesso em: 21 out. 2014.

²⁰Disponível em: <<http://bit.ly/un000J>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

²¹Disponível em: <<http://bit.ly/un000L>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/26/ares26.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

²²Disponível em: <<http://bit.ly/un000M>> ou <<http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>>.

Acesso em: 21 out. 2014.

²³Aprovada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 2391 (XXIII), de 26 de novembro de 1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11 de novembro de 1970. Disponível em: <<http://bit.ly/CLWCrimes>> ou <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/warcrimes.pdf>>. Acesso em: 21 out. 2014.

Estados a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados. No panorama do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, a Corte IDH, desde o precedente *VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS*, de 1989, vem repetidamente afirmando incompatibilidade entre as garantias previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as regras de direito interno que excluem a punibilidade de desaparecimentos forçados.²⁵

Igual entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados da Corte IDH: *BLAKE vs. GUATEMALA*;²⁶ *BARRIOS ALTOS vs. PERU*;²⁷ *BAMACA VELÁSQUEZ vs. GUATEMALA*;²⁸ *TRUJILLO OROZA vs. BOLÍVIA*;²⁹ *IRMÃS SERRANO CRUZ vs. EL SALVADOR*;³⁰ *MASSACRE DE MAPIRIPÁN vs. COLÔMBIA*;³¹ *GOIBIRÚ vs. PARAGUAI*;³² *LA CANTUTA vs. PERU*;³³ *RADILLA PACHECO vs. MÉXICO*³⁴ e *IBSEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA vs. BOLÍVIA*.³⁵

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH deliberou sobre caso envolvendo 62 dissidentes políticos brasileiros desaparecidos entre 1973 e 1974 no sul do Pará, no episódio conhecido como "Guerrilha do Araguaia". A sentença do caso *GOMES LUND vs. BRASIL* é cristalina quanto ao **dever cogente** do Estado brasileiro de promover

²⁴Disponível em <http://bit.ly/UNRes33-173> ou

<http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r173.pdf>. Acesso em: 21 out. 2014.

²⁵*VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS*. Fondo. Sentencia de 29/7/1988, p. 31-32.

²⁶*BLAKE vs. GUATEMALA*. Exceções Preliminares. Sentença de 2/7/1996. Série C Nº 27.

²⁷*BARRIOS ALTOS vs. PERU*. Reparações e Custas. Sentença de 30/11/2001. Série C Nº 109.

²⁸*BAMACA VELÁSQUEZ vs. GUATEMALA*. Reparações e Custas. Sentença de 22/2/2002. Série C Nº 91.

²⁹*TRUJILLO OROZA vs. BOLÍVIA*. Reparações e Custas. Sentença de 27/2/2002. Série C Nº 92.

³⁰*IRMÃS SERRANO CRUZ vs. EL SALVADOR*. Exceções Preliminares. Sentença de 23/11/2004. Série C Nº 118.

³¹*CASO DO MASSACRE DE MAPIRIPÁN vs. COLÔMBIA*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15/9/2005. Série C Nº 134.

³²*CASO GOIBURÚ Y OTROS vs. PARAGUAY*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22/9/2006. Serie C Nº 153.

³³*LA CANTUTA vs. PERU*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006. Série C Nº 162.

³⁴*RADILLA PACHECO vs. MÉXICO*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009. Série C Nº 209.

³⁵*IBSEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA vs. BOLÍVIA*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1º/9/2010. Série C Nº 217.

investigação e responsabilização criminal dos autores desses desaparecimentos.

No direito comparado, além dos precedentes referidos na sentença, as cortes constitucionais da Argentina (casos ARANCIBIA CLAVEL³⁶ e VIDELA³⁷), do Chile³⁸ e do Peru³⁹ (caso GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE, também de 2004⁴⁰) reconhecem o caráter de lesa-humanidade do desaparecimento forçado de pessoas e extraem dessa conclusão os efeitos jurídico-penais dela decorrentes, notadamente a vedação à anistia e à prescrição.

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil (aí incluídos os apurados na ação penal suspensa) são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND. Dessa maneira, à luz da Constituição do Brasil, da reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da doutrina e da interpretação dada por diversas cortes constitucionais e organismos internacionais representativos, como a ONU, a atos semelhantes e também por força dos compromissos internacionais do país e do ordenamento constitucional e infraconstitucional, delitos envolvendo grave violação a direitos humanos perpetrados à margem da lei, da ética e da humanidade por agentes públicos brasileiros durante o regime autoritário de 1964-1985, como são os versados na ação penal subjacente, devem ser objeto de adequada investigação e persecução criminal, sem que se lhes apliquem institutos como anistia e prescrição.

Cabe ainda um registro. O alcance da anistia reconhecida na ADPF 153/DF deve ser compreendido com cautela, pois a redação do art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979 sofreu significativa redução com a Emenda Constitucional 26, de 27

³⁶Decisão da Corte Suprema da Nação Argentina em “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros.

³⁷Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa 33714 “VIDELA, JORGE R. s/procesamiento”. Juzgado 7, Secretaría 14, Sala I, Reg. 489. 23/5/2002.

³⁸Proceso 2.182-98, “VILLA GRIMALDI” (“MARCELO SALINAS EYTEL”). Ministro ALEJANDRO SOLÍS MUÑOZ, 17/4/2008.

³⁹Tribunal Constitucional del Perú. Caso Teodorico Bernabé Montoya. Expediente 03173-2008-PHC/TC, 11 de diciembre de 2008. Resolución del Tribunal, voto singular de los Magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz. Disponível em <<http://bit.ly/TCP031732008>> ou <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03173-2008-HC%20Resolucion.html>>. Acesso em: 21 out. 2014,

⁴⁰Tribunal Constitucional. Sentencia – Exp. 2798-04-HC/TC – GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE.

de novembro de 1985,⁴¹ que excluiu de seu texto os crimes conexos “de qualquer natureza”, remanescendo como objeto da anistia antes da Constituição de 1988 apenas os crimes conexos, isto é os tecnicamente conexos, afastando-se aplicação generalizada da anistia e demandando a consideração necessária para identificar as hipóteses de verdadeira conexão. Durante o período de vigência dos atos institucionais na Constituição de 1967/1969, a prevalência da cláusula (comum a todos) que vedava apreciação judicial dos atos com base neles praticados implicava, necessariamente, ausência do curso prescricional (pois, se não havia ação, não poderia ocorrer prescrição). Este somente veio a transcorrer com a revogação desses efeitos a partir da Constituição de 1988 (pois esta, ao silenciar sobre o tema, revogou a proibição de ação, de modo que os prazos correspondentes se iniciaram em 5 de outubro daquele ano). Em outras palavras, tanto o reconhecimento da anistia acolhida pelo STF merece cuidadosa atenção quanto cabe definir o termo inicial de eventual prescrição da vigência da Constituição de 1988, ressalvados os crimes imprescritíveis, de lesa-humanidade.

O delito de ocultação de cadáver possui natureza **permanente**, circunstância que impede fluxo de prazo prescricional e não permite a anistia assentada pela Lei 6.683/1979. A consumação do delito protraí-se no tempo, enquanto for vontade do agente.

De acordo com preciso esclarecimento de BITENCOURT,⁴² “permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente”.

⁴¹Art. 4º. É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º. É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º. A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. [...]”.

⁴²BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

De forma semelhante, ao diferenciar crime permanente do instantâneo de efeitos permanentes, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO afirma que, no primeiro, “o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (sequestro, cárcere privado, usurpação de função pública)”, enquanto o crime instantâneo de efeitos permanentes é aquele “em que não a conduta do agente, mas apenas o resultado da ação é permanente”.⁴³

Tratando da diferença entre *delito permanente e instantâneo de efeitos permanentes*, em precedente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro CEZAR PELUSO⁴⁴ ponderou que “é o momento da consumação do delito que lhe dita caráter instantâneo ou permanente. No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consome o delito, realiza-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. No permanente, o momento da consumação é que se prolonga por período mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação. Não se deve, pois, confundir a execução mesma do crime com a sua consequência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea; mas, aí, o que dura – e, como tal se diz permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a consequência, se tem o chamado *crime instantâneo de efeito permanente*, que difere do crime permanente, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo [...]. Nota característica do crime permanente é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância a faça cessar. No caso de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-lo cessar o agente”.

No caso da ação penal atacada por esta reclamação, uma das condutas imputadas foi a prevista na parte final do art. 211 do Código Penal, ou seja, “ocultar cadáver ou parte dele”.

⁴³TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147.

⁴⁴STF, Segunda Turma, HC 82.965. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 12/2/2008.

Não há dúvida de que a conduta delitativa – e não apenas o efeito – se alonga no tempo e viola o bem jurídico de maneira contínua, por vontade dos agentes. A própria conduta e a lesão ao bem jurídico são permanentes, não apenas o efeito que delas deriva. Enquanto os acusados não apontarem onde se encontra o corpo da vítima RUBENS BEYRODT PAIVA (cuja família até hoje, depois de décadas de seu assassinato, não lhe pôde dar funeral adequado), a conduta de ocultar ocorrerá. O passar do tempo não faz cessar a conduta de ocultar o corpo da vítima, de lhe dissimular a localização, em detrimento da lei e dos mais básicos significados de humanidade, que reconhecem a toda pessoa o direito de, morta, receber funeral digno. Ao contrário, o fluxo do tempo, por decisão dos réus, carrega consigo a consumação do delito, a agressão ao bem jurídico por ele atingido e a desumana ofensa à família roubada de seu ente querido.

A ocultação do cadáver de RUBENS PAIVA persiste até os dias de hoje e bastaria a vontade dos agentes criminosos para que esse fato fosse esclarecido. Enquanto perseverarem na conduta antijurídica, a infração está sendo praticada, a justificar que o início da contagem da prescrição flua apenas com a cessação da conduta delitativa, consoante a expressa regra do art. 111, III, do Código Penal. Não se aplicam os efeitos da declaração, em 29 de abril de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153/DF, de constitucionalidade da Lei 6.683/1979 quanto ao crime de ocultação de cadáver. Se a anistia “é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior”, “apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais consequências de natureza penal”, envolve perdão e opera para o **passado**. Também por isso, o delito de ocultação de cadáver não pode ser abrangido pela anistia da Lei 6.683/1979, pois a conduta ilícita imputada aos réus ora reclamantes constitui crime permanente.”

Ante o exposto, o parecer é pela improcedência da reclamação.

Requer, por fim, urgência no julgamento do presente feito, especialmente porque, com a suspensão da ação

penal operada por força do deferimento da liminar, a futura produção de provas testemunhais pode ficar comprometida, visto que envolve pessoas com idade muito avançada, o que prejudicaria a colheita de elementos imprescindíveis para a comprovação dos fatos descritos na denúncia.

Brasília, 17 de março de 2016.

Deborah Duprat
Subprocuradora-Geral da República