



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº ~~111002~~/2015 – ASJCRIM/SAJ/PGR

Reclamação nº 19.760-SP (Medida cautelar)

Relator: Ministra Rosa Weber

Reclamante: Carlos Alberto Brilhante Ustra

Reclamado: Juiz Federal da 9ª Vara Federal Criminal da Seção
Judiciária de São Paulo

CONSTITUCIONAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. AÇÃO PENAL MOVIDA CONTRA AGENTES PÚBLICOS PELOS DELITOS DE SEQUESTRO DE EDGAR DE AQUINO DUARTE. FATOS OCORRIDOS DURANTE O REGIME MILITAR, DENÚNCIA RECEBIDA. AÇÃO PENAL EM TRÂMITE NO PRIMEIRO GRAU. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153/DF IMPROCEDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA. NÃO INCIDÊNCIA DA LEI DE ANISTIA NO PRESENTE CASO. CRIME LESA-HUMANIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DO CRIME DE HOMICÍDIO. DESAPARECIMENTO FORÇADO. SEQUESTRO. CRIME PERMANENTE. POSTERIOR SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND. DEVER DO ESTADO DE PROMOVER PERSECUÇÃO PENAL. COMPATIBILIDADE DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA COM A DECISÃO DA ADPF 153. ADMISSIBILIDADE DA ADPF LEI 6.683/1979 (LEI DA ANISTIA). CIRCUNSTÂNCIAS NÃO ABARCADAS NA ADPF 153/DF CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE. CARÁTER VINCULANTE DAS DECISÕES DA CORTE IDH, POR FORÇA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, EM VIGOR NO PAÍS. IMPROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. Reclamação ajuizada para obstar ação penal movida contra o reclamante e os demais denunciados, agentes militares acusados do crime de sequestro de Edgar de Aquino Duarte, desde o dia 13 de junho de 1971 até a presente data.

2. Embora tenham passados mais de quarenta anos dos fatos imputados [o sequestro e desaparecimento forçado], EDGAR DE AQUINO DUARTE até hoje não apareceu, e tampouco o respectivo corpo, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, o crime de homicídio.

3. No delito de sequestro, enquanto o corpo não for encontrado ou não houver certeza da morte, em que pese o fato de o crime ter sido cometido há décadas, na verdade, está-se diante de um delito de caráter permanente. Essa condição afasta a incidência das regras penais de prescrição (Código Penal, art. 111, III) e da Lei de Anistia, cujo âmbito temporal de validade compreendia apenas o período entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (art. 1o).

4. Após decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu, no caso Gomes Lund e outros versus Brasil, ser indevida a extinção, pela Lei da Anistia (Lei 6.683/1979), da punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos no período pós-1964, sob fundamento de prescrição da pretensão punitiva do Estado. Tal interpretação viola preceitos fundamentais contidos pelo menos nos arts. 1o, III, 4o, I e II, e 5o, §§ 1o a 3o, da Constituição da República de 1988.

5. A Corte IDH expressamente julgou o Brasil responsável por violação às garantias dos arts. 8(1) e 25(1) da Convenção Americana, pela falta de investigação, julgamento e punição dos autores desses ilícitos. Decidiu igualmente – e depois do julgamento do STF na ADPF 153/DF – que as disposições da Lei da Anistia contrárias à investigação e à sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem impedir a persecução penal e a punição dos responsáveis.

6. Não há conflito entre a decisão proferida na ADPF 153/DF e o objeto da reclamação, o que há é o exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional.



7. A República Federativa do Brasil submeteu-se voluntária e soberanamente à jurisdição da Corte IDH, mediante convergência dos órgãos competentes. As decisões da Corte são vinculantes para todos os órgãos e poderes do país. O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678/1992. Com o Decreto 4.463/2002, reconheceu a obrigatoriedade, de pleno direito e por prazo indeterminado, da competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação e à aplicação da Convenção. O art. 68(1) desta preceitua que os Estados signatários se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todos os casos dos quais forem partes. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira, à luz do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

8. Para negar eficácia à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar a inconstitucionalidade do ato de incorporação desse instrumento ao direito interno. Disso haveria de resultar denúncia integral da convenção, na forma de seu art. 75 e do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados (Decreto 7.030/2009). Mesmo neste caso, a renúncia não produziria efeitos imediatos.

9. Instrumentos internacionais, doutrina e jurisprudência de tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição, e tampouco estão abrangidos pela Lei de Anistia. Incidem os comandos de imposição ao Estado brasileiro de agir positivamente para permitir o processamento criminal de autores de delitos nessas circunstâncias.

10. Parecer pela improcedência da reclamação.

O Procurador-Geral da República, em atenção ao despacho proferido pela Ministra Relatora, vem expor e requerer o quanto se segue.

I – Os Fatos

Trata-se de reclamação ajuizada contra decisão do Juiz da 9ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo,



que, supostamente, teria desafiado decisão da Suprema Corte exarada nos autos da ADPF 153.

Narra a denúncia ofertada que o reclamante CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, juntamente com ALCIDES SINGILLO e CARLOS ALBERTO AUGUSTO, todos na condição de militares, teriam praticado condutas previstas nos artigos 148, § 2º, c.c. o artigo 29, ambos do Código Penal (fls. 1101/1142). Consta naqueles autos que os denunciados, desde o dia 13 de junho de 1971 até a presente data, privam, ilegalmente, a vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE de sua liberdade, mediante sequestro cometido no contexto de um ataque estatal sistematizado e generalizado contra a população, tendo eles pleno conhecimento das circunstâncias desse ataque.

Consta, ainda, que a vítima, em razão da natureza ilícita da detenção e dos maus-tratos provocados pelos denunciados CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, ALCIDES SINGILLO e CARLOS ALBERTO AUGUSTO, sofreu de gravíssimo sofrimento físico e moral.

O feito em primeira instância se encontrava em avançada fase de instrução, aguardando apenas o interrogatório dos acusados. A resposta escrita já havia sido afastada – oportunidade em que o Juízo de primeiro grau rechaçou a aplicação da Lei de Anistia –, as testemunhas de acusação e de defesa tinham sido ouvidas.

No entanto, sustenta o reclamante CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA que os fatos tidos como criminosos foram abrangidos pela Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979 (denominada “Lei da Anistia”), cuja constitucionalidade foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumpri-



mento de Preceito Fundamental 153/DF. Desse modo, o prosseguimento da persecução penal em desfavor dos denunciados afrontaria o decidido pela Suprema Corte.

Em 23 de abril de 2015, houve deferimento de medida liminar, entendendo que o processamento da ação penal seria incompatível com o decidido na ADPF 153/DF.

No entanto, no que concerne ao presente caso, inexistente afronta àquele julgado, conforme será visto.

II – Da inexistência de violação da decisão proferida na ADPF 153

O cerne da questão a ser esclarecida na presente reclamação consiste em verificar se a acusação criminal imputada ao reclamante e aos demais denunciados afronta o decidido na ADPF 153/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade da Lei da Anistia (Lei 6.683/1979).

Colhe-se das circunstâncias supervenientes e de dados diversos, os quais compõem as especificidades do presente caso, não haver afronta ao decidido pela Suprema Corte naquela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, consoante se demonstrará.

Conforme é sabido, a reclamação é instrumento vocacionado para preservação de competência deste Egrégio Tribunal e para garantia da autoridade de suas decisões, nos termos do art. 102, I, alínea “I”, da Constituição Federal.

Porém, no presente caso, inexistente qualquer violação à autoridade da decisão proferida nos autos da ADPF 153. Isto porque esta decisão reconheceu a validade e a recepção da Lei de Anistia pelo



ordenamento constitucional atual.¹ Mais especificamente, declarou a validade da Lei de Anistia no tocante ao período de tempo por ela mencionado, ou seja, aos fatos ocorridos **no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (art. 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979)**. Isto, segundo o

1 EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. (...) A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada. 6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido. 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. 9. **A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicando. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de**

STF, teria sido reiterado pela Emenda Constitucional n. 26/85, em seu art. 4º, §1º.²

No presente caso, conforme será visto, não há afronta à decisão pelos seguintes motivos: **(i)** trata-se de crime sequestro; **(ii)** este crime é permanente e sua execução ainda está em andamento; **(iii)** mesmo que fosse diferente, trata-se de conduta qualificada como delito de lesa-humanidade, com todas as consequências disto decorrentes; **(iv)** por consequência, a decisão da Corte Interamericana afasta a aplicabilidade da Lei de Anistia e de outros óbices à persecução, à luz da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, **(v)** a decisão da Corte Interamericana é vinculante ao Brasil e não há incompatibilidade entre esta decisão e a proferida na ADPF 153, pois possuem objetos próprios e parâmetros específicos de análise.

Vejamos separadamente.

II.1. Da tipificação da conduta como crime de sequestro

Primeiramente, importante destacar que a conduta imputada se amolda ao tipo penal de sequestro, afastando a alegação de ocorrência de homicídio no caso em tela.

hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJVOL-00216- PP-00011)

- 2 “§ 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”.

No que concerne à comprovação da morte da vítima, que constitui a materialidade da infração, o artigo 158 do Código de Processo Penal exige o exame de corpo de delito nos casos em que perduram vestígios da infração. Nesse caso, há a prova direta, através da perícia do próprio corpo da vítima.

Excepcionalmente, para suprir-lhe a falta do corpo de delito direto, o artigo 167 do Código de Processo Penal admite a prova indireta, mediante testemunha ou, ainda, outros meio de prova.

Ocorre que, no presente caso, não houve certeza de morte, mediante identificação de seus restos mortais, e tampouco qualquer testemunha foi capaz de determinar com precisão as circunstâncias desse evento e, inclusive, a sua efetiva ocorrência.

Dessa forma, apesar dos muitos sequestros do período terem ultimados no homicídio das vítimas, a mera inferência com base na experiência não comprova a materialidade do delito de homicídio no presente caso.

Assim, descabe presumir que a vítima tenha sido morta, havendo apenas, no caso dos autos, a certeza da ocorrência do sequestro (qualificado). É necessário, até mesmo em observância às normas de garantia dos art. 158 e 167 do CPP, haver elementos de prova que confirmem o evento morte, seja pelo encontro do corpo ou por meio de outros meios de prova.

Nesse sentido, analogamente, em extradição julgada pelo STF, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que “embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [desaparecimento forçado de presos políticos naquele Estado], as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos



corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio”³.

Por ocasião desse mesmo julgamento, extrai-se do voto do Ministro Cezar Peluso que somente no caso de haver realmente o procedimento de declaração judicial – com provas de que a pessoa realmente faleceu e a consequente decisão judicial, que, dentre outras coisas, fixe a data provável da morte, com a expedição da certidão de óbito, nos termos do parágrafo único do art. 7º do Código Civil – é que se poderá falar em efeitos penais e, portanto, em extinção da punibilidade, pois sem tal sentença “permanece sempre a dúvida”⁴.

Assim, corroborando o entendimento do Ministério Público Federal, importante ressaltar posição já firmada pelo Ministro Cezar Peluso, ainda na Extradução 974, em passagem que se aplica perfeitamente ao presente caso e, por isso, merece transcrição:

Como (...) se vê e deflui nítido do teor literal do art. 7º do Código Civil em vigor, para que exsurja considerável presunção legal de morte, **não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (inc. I), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de justificação judicial, fixe a data provável do falecimento (§ único).**

Ora, não há, ao propósito das hipotéticas mortes das vítimas dos sequestros – que se não resumem às onze pessoas nominadas no sumário do processo (...), e cuja média de idade, à época do desaparecimento, eram de pouco mais de vinte anos (...), o que afasta certa probabilidade de morte natural -, nenhuma sentença, seja de declaração de ausência,



3 Extradução nº 974, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ o Acordão: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, Dje-228, publicado em 04/12/2009.

4 Extradução nº 974, Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ o Acordão: Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2009, Dje-228, publicado em 04/12/2009.

seja de declaração de morte presumida, de modo que, ainda quando, ad argumentandum tantum, se pudera, em simples conjectura, cogitar de circunstâncias desconhecidas nestes autos, que, aliadas ao só decurso do tempo, induzissem alguma probabilidade do falecimento, faltariam, para caracterização do corpo de delito indireto, os requisitos exigidos pelo próprio art. 7º de nosso Código Civil. Noutras palavras, essa norma não incide na espécie, simplesmente porque se lhe não reuniram os elementos de seu suporte fático (fatispecie concreta), donde a ideia de homicídios não passar, ainda no plano jurídico, de mera especulação, incapaz de desencadear fluência do prazo prescricional.

E incapaz de o desencadear ainda por outro motivo de não menor peso. É que, à falta de sentença que, como predica o art. 7º, § único, do Código Civil, deve fixar a data provável do falecimento, bem como na carência absoluta de qualquer outro dado ou prova a respeito, não se saberia quando entraram a correr os prazos de prescrição da pretensão punitiva de cada uma das mortes imaginadas ou de todas, que poderiam dar-se, como sói acontecer, em datas diversas, salva cerebrina hipótese de execução coletiva! E, tirante o que nasce das fabulações, de modo algum se poderia sustentar, com razoável pretensão de consistência, hajam falecido todas as pessoas que, segundo a denúncia, teriam sido sequestradas e, muito menos, assentar-lhes as datas prováveis de cada óbito.

Realmente, conforme manifestou o Ministro Cezar Peluso, ante a ausência de exame de corpo de delito direto ou indireto, o homicídio não passa “no plano jurídico, de mera especulação, incapaz de desencadear fluência do prazo prescricional”.

Realmente, tratando da morte presumida, no âmbito cível, o art. 7º do Código Civil dispõe, em seu parágrafo único, que a declaração da morte presumida “(...) somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença

fixar a data provável do falecimento”.

No caso presente, não há que se falar – especialmente para fins penais – em morte presumida. Destaque-se que a vítima EDGAR DE AQUINO nasceu em 22 fevereiro de 1941 e, atualmente, **contaria com 74 anos de idade – ou seja, dentro da expectativa de vida média do brasileiro. Afasta-se, assim, a probabilidade de morte natural.**

Pois bem. Afastada a ocorrência de homicídio, a conduta em análise se tipifica como sequestro, uma vez que a vítima foi privada de sua liberdade – ilegalmente, diga-se de passagem – pelos imputados e, a última vez que foi vista, estava sob responsabilidade deles. A conduta que, sob o ângulo do direito internacional se qualifica como desaparecimento forçado, no direito interno se enquadra no tipo penal de sequestro.

Os desaparecimentos forçados, vinculados às práticas repressivas da ditadura militar, abarcam a privação da liberdade da vítima, 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 do desaparecido.

Corroborando isso, no tocante aos desaparecimentos forçados da época, o historiador Hélio Silva relata que “num determinado momento, um homem, uma mulher, ou até crianças, desaparecem. São arrancados, do meio da rua, são arrancados de suas casas e de seus locais de trabalho e ninguém sabe mais informar. As indagações pelos canais regulares, pelos meios judiciais, ou os reclamos da opinião pública não têm eco. A grita das famílias não tem eco. E ninguém sabe exatamente o que aconteceu”.⁵

⁵SILVA, Hélio. Desaparecidos, criação da ditadura militar de 64. In: CABRAL, Reinaldo; LAPA, Ronaldo (Org.). *Desaparecidos Políticos. Prisões, seqüestros, assassinatos*. Rio de Janeiro: Opção, 1979. p. 26.

Em outras palavras, o desaparecimento forçado consiste no sequestro ilegal e clandestino de pessoas, praticado por órgãos governamentais.

Importante considerar, aqui, que estão presentes as condições que caracterizam o desaparecimento forçado da vítima EDGAR DE AQUINO DUARTE, conforme se verifica dos diversos relatos colhidos em sede de audiência de instrução nos autos do processo criminal de primeira instância, bem como na 7ª Audiência Pública da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva". À mesma conclusão chegou a Comissão Nacional da Verdade.⁶ Todos reconheceram, em uníssono, que EDGAR DE AQUINO: (i) foi privado ilegalmente de sua liberdade e esteve sob responsabilidade dos agentes públicos da repressão imputados, (ii) não teve assegurado direito a advogado; (iii) sua prisão não foi comunicada a qualquer autoridade judicial; (iv) seu paradeiro ficou ignorado por parte dos familiares, tendo ficado incomunicável por longo período de tempo; (v) sofreu diversas sevícias e agressões físicas; (vi) ninguém nunca mais teve notícia de seu paradeiro e nem seu corpo foi encontrado.⁷

6 Comissão Nacional da Verdade. *Relatório, v. III – Mortos e Desaparecidos políticos*. Dezembro de 2014, pp. 1241/1244.

7Veja, neste sentido, algum depoimento: "Portanto, eu posso testemunhar que durante os 45 dias em que estive preso no DOI-CODI, a partir do dia 17 de fevereiro de 1972, por 45 dias, portanto, até o início de abril de 1972, eu sou testemunha de que o Edgar de Aquino Duarte efetivamente estava preso, sob a custódia do DOI-CODI de São Paulo. Esse é meu depoimento." (JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, perante a 7ª Audiência Pública da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva"); "Foi aí que eu tive contato com a vítima do processo, o Edgar de Aquino Duarte (...) Eu quando cheguei no DOPS estava tuberculoso ainda então eles me davam remédio, eu também era diabético, eles tinham que me dar insulina e por ser tuberculoso eles me botaram no fundão do DOPS porque acharam que eu podia contaminar outras pessoas (...) **Tinha também o Edgar Aquino, que era escondido lá dentro, porque aí eu conversava com ele.** (...) Ele me falou o nome dele, que que ele suspeitava que estava acontecendo." (Oitiva da testemunha de acusação CÉSAR AUGUSTO TELES, em audiência no feito em primeira instância, audiência datada de 10/12/2013, entre 17min e 19min40s.); "Eu vi quando eles tiravam ele por alguma razão lá, uma delas foi um ou dois banhos de sol que eu vi ele. Cheguei, cheguei a vê-lo (pessoalmente)" (Oitiva da testemunha de acusação CÉSAR AUGUSTO TELES, em audiência no feito em primeira instância, audiência datada de 10/12/2013, passagem entre 23min17s e 23min29s); "Eu sei que a última vez que eu pressenti, o Edgar passou uma vez ali na cela, no corredor de dentro, interno, não o que a gente tomava sol, e foi para a carceragem, **e na carceragem tinha**

Ante o exposto, resta evidente que EDGAR foi privado de sua liberdade, submetido à falta de comunicação com advogados e familiares, bem como, até hoje, não se sabe seu paradeiro, tratando-se, irrefutavelmente, da conduta de sequestro.

Nesta linha, o Plenário do STF já tipificou o “desaparecimento forçado” de militantes políticos argentinos como “sequestro qualificado”, deferindo a extradição ao reconhecer o princípio da dupla tipicidade:⁸

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQUESTRO QUALIFICADO

interrogadores que gritavam com o Edgar e batiam nele. Eu sentia o gemido dele e ouvia aquele gemido. Eu não vi, porque na cela 3 você não via a carceragem, você ouvia. E ali eu ouvi eles gritando: você está se metendo com segredo de Estado e você tem de morrer. Eu ouvi isso uma vez. E aí já era próximo do dia 22 de junho, quando eu, o César e o Genoíno somos transferidos para o presídio do Hipódromo, e o Edgar fica. E a primeira coisa que nós fazemos é falar com o Virgílio, o advogado, Virgílio Enei, para fazer alguma coisa por aquele homem, porque ele está desesperado e fala que vai morrer.(...) Então, o SINGILLO diz que ele teria sido solto e teria se justicado (...) E nunca mais nós tivemos notícia. Eu fico muito impressionada com isso porque a gente viu a construção de uma figura, do desaparecimento forçado, a gente viu ali sendo construído, porque o Edgar foi talvez desses desaparecidos políticos o que tenha mais testemunhas, quantas pessoas conviveram e conversaram com ele, quantos presos, e que são sobreviventes, e nunca, quer dizer, a nossa interpretação toda para o fato é que ele tinha convicção de que o cabo Anselmo era infiltrado, agente infiltrado." (MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES, 7ª Audiência Pública da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo "Rubens Paiva"); "Em 'nenhum momento' os militares mostraram uma ordem de prisão, 'jamais' teve contato com advogados e afirmou ser 'extremamente comum' os presos políticos ficarem incomunicáveis" (Testemunha de acusação JOSÉ DAMIÃO DE LIMA TRINDADE, , em audiência no feito em primeira instância, audiência datada de 09/12/2013 entre 17min30s e 18min10s); "Não, não. (...) eu fiquei 'enrustido', usando o palavreado que eles usavam lá (...) significa que eu não tinha contato com o advogado e com ninguém. Eu não estava nem dentro das grades lá (...) Tinha algum registro secreto lá." (Quando perguntado se teve contato com familiares ou algum advogado) (Testemunha de acusação CÉSAR AUGUSTO TELES, em audiência no feito em primeira instância, audiência datada de 10/12/2013 entre 12min30s e 13min07s); "Não. Isso não. Nem pensar. Não. Nem conversar com a minha irmã, nem conversar com o meu marido que estavam lá, nem com os meus filhos que eles levavam lá no DOI-CODI, eu nunca pude conversar. Não podia nem falar com eles, não podia nem conversar com ninguém. Alguém fala muito claramente que nós estávamos incomunicáveis." (Quando perguntada se teve acesso aos advogados) (Testemunha de acusação MARIA AMÉLIA DE ALMEIDA TELES, em audiência no feito em primeira instância, audiência datada de 11/12/2013, entre 14min40s e 15min17s).

⁸ Cabe destacar que tal julgado é posterior à decisão da ADPF nº 153, demonstrando a manutenção do entendimento defendido na Ext. 974 acima referida.

(“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”). **DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. (...)** 4. **Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. (...)** 11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “sequestro qualificado”.⁹

Igual entendimento foi aplicado em recente julgado, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em que se deferiu extradicação e se reconheceu a dupla tipicidade da conduta de desaparecimento forçado justamente à luz do tipo penal de sequestro. Referida decisão foi assim ementada:

Extradicação instrutória. 2. Crimes de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas. 3. Atendimento dos requisitos formais. 4. **Dupla tipicidade. Desaparecimento forçado de pessoas. Análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento adotado na EXT 974/Argentina.** 5. Prescrição dos crimes de tortura e homicídio, segundo o ordenamento jurídico brasileiro. 6. Pedido de extradicação deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade, com o prazo máximo de 30 anos. 7. Extraditando que responde a processo penal no Brasil por

⁹ Ext 1150 - REPÚBLICA ARGENTINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

crime diverso daquele que versa o pedido de extradição. 8. Discricionariedade do Chefe do Poder Executivo para ordenar a extradição ainda que haja processo penal instaurado ou mesmo condenação no Brasil (art. 89 da Lei 6.815/1980). 9. **Pedido de extradição deferido parcialmente (somente em relação aos crimes de sequestro).**

(Ext 1278, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu expressamente a conduta como sendo sequestro:

Segundo o entendimento adotado na EXT n. 974/Argentina, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas ainda não foi ratificada pelo Estado brasileiro; **significa dizer que suas normas portanto não foram incorporadas ao ordenamento interno e, em consequência, não foi criado o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas. Considerou-se, entretanto, a possibilidade de análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento que adoto também (...)** (Ext 1278, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Portanto, o próprio Supremo Tribunal Federal, em casos idênticos aos dos presentes autos, deferiu a extradição de agentes acusados pelo Estado argentino de terem participado de sequestros ocorridos há quase quatro décadas, justamente sob o argumento de que, enquanto não se souber o paradeiro da vítima, remanesce a privação ilegal da liberdade e perdura o crime permanente imputado sob a figura típica do sequestro qualificado.¹⁰

¹⁰ Nessa mesma linha, em caso envolvendo exatamente o sequestro de pessoas durante o período do regime militar, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (voto nº

Deve-se destacar que na Extradução 974, o Ministro Marco Aurélio defendeu a tese da suposta provável morte das pessoas sequestradas, inclusive invocando o art. 1º da Lei 9140/95, tratado mais à frente.

No entanto, a tese do nobre Ministro **não foi aceita**. Assim, a invocação da Lei 9140/1995, já foi expressamente rechaçada por este Egrégio STF, não apenas na Extradução 974, mas também na Extradução 1150, diga-se de passagem.

Não bastasse, embora o art. 1º da Lei nº 9.140 de 04/12/1995 tenha reconhecido a vítima como oficialmente morta, não é empecilho para a persecução penal.

O mencionado dispositivo legal tem caráter efetivamente humanitário e foi elaborado em favor dos familiares, ou seja, para que estes pudessem se valer do comando legal naquilo que lhes fosse benéfico, especialmente para fins cíveis. Assim, certo é que Lei nº 9.140/95 não visava, em hipótese alguma, prejudicar direitos, muito menos usurpar o *jus puniendi* do Estado.

Seria realmente impensável que o Estado pudesse decretar a morte de uma pessoa por meio de uma lei. Defender o contrário consiste em aceitar a referida posição, o que não se mostra razoável e confronta aquilo já decidido pelo e. STF.

Nesse contexto, jamais poderia a citada lei servir como elemento probatório de homicídio e, muito menos, termo inicial da contagem do prazo prescricional na espécie.

II.2. Do caráter permanente do crime de sequestro

1935/2011, doc. anexo), no bojo do procedimento n. 1.00.000.007053/2010-86, consignou que “sequestros de pessoas não encontradas são crimes permanentes, não prescritos e passíveis de apuração”.

Feitas as devidas considerações, outra questão de relevo é o caráter permanente do crime de sequestro, 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.

Deve-se destacar que o delito de sequestro caracteriza-se como crime permanente, porque a consumação do delito se protraí no tempo, enquanto assim for a vontade do agente. De acordo com a precisa lição de Bittencourt¹¹:

“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”.

Da mesma forma, tratando da diferença entre o delito permanente e o instantâneo de efeitos permanentes, o Ministro Cezar Peluso assim lecionou:

“É o momento da consumação do delito que lhe dita caráter instantâneo ou permanente. No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consuma 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 deli-

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

to, 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 cessa o agente”.¹²

No mesmo sentido, ao diferenciar o crime permanente do crime instantâneo de efeitos permanentes, Francisco de Assis Toledo afirma que no crime permanente “o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (sequestro, cárcere privado, usurpação de função pública)”, enquanto no crime instantâneo de efeitos permanentes é aquele “em que não a conduta do agente, mas apenas o resultado da ação é permanente”.¹³

Aníbal Bruno também apontou:

“Pode a situação por ele [crime instantâneo] criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação. Fala-se, então, em crime instantâneo de efeito permanente”¹⁴

No presente caso, a conduta imputada foi a prevista no art. 148 do Código Penal, ou seja, a de “privar alguém de sua liberdade,

¹² STF, HC 82965 (Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008.

¹³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147.

¹⁴ ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 220.

mediante sequestro ou cárcere privado”. Assim, não há dúvida, portanto, que a conduta delitiva – e não apenas o efeito – se protraí no tempo, violando o bem jurídico de maneira contínua. Por ora, é relevante destacar que a conduta – e também a lesão aos bens jurídicos protegidos – é permanente – e não apenas o efeito por ela realizado. Nesse sentido, enquanto os agentes não apontarem onde se encontra EDGAR DE AQUINO DUARTE ou seu corpo for encontrado, a conduta de sequestro estará presente. Assim, não se pode imaginar que o passar do tempo faça cessar a conduta de sequestro.

Ademais, a confirmar a configuração de delito permanente, os agentes podem cessar a qualquer momento a conduta delitiva. Para tanto, basta que CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, ALCIDES SINGILLO ou CARLOS ALBERTO AUGUSTO indiquem o paradeiro atual de EDGAR DE AQUINO DUARTE.

Analisando a lição supratranscrita, não há dúvidas de que o crime apurado no feito em tela se amolda perfeitamente ao conceito de crime permanente, já que o sequestro de EDGAR DE AQUINO persiste até os dias de hoje e bastaria a vontade dos agentes criminosos para que esse fato fosse esclarecido.

Justamente em razão da possibilidade de a conduta delitiva – que se projeta no tempo – poder cessar a qualquer momento é que se justifica que a contagem do prazo prescricional apenas com a cessação da permanência. Nesse sentido, enquanto os agentes persistirem na conduta antijurídica, a conduta está sendo praticada, a justificar que o início da contagem da prescrição flua apenas com a cessação da conduta delitiva.



Desse modo, não pode o sequestro ser classificado como delito instantâneo de efeitos permanentes. Esta espécie se dá quando a permanência não depende da continuidade da ação do agente – são os efeitos permanentes e não a conduta delitiva. Como se vê, a descrição do que seja delito instantâneo de efeitos permanentes é exatamente o contrário do que ocorre no feito em apreço. No caso em análise, a cessação da permanência depende apenas da vontade dos agentes.

Assim, em síntese, os dois elementos imprescindíveis para a caracterização de um crime permanente (1) consumação se prolongar no tempo; (2) vontade do agente ser determinante deste prolongamento) estão presentes no caso, a confirmar que se trata de delito permanente.

Como conclusão, aplicável o art. 111, inc. III, do Código Penal, que dispõe:

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;

[...]

No caso dos autos, nada obstante a conduta tenha se iniciado há mais de quarenta anos, até a presente data ainda não cessou. Assim sendo, nos termos do art. 111, inc. III, do Código Penal, não se iniciou a prescrição, a comprovar que a conduta ainda está ocorrendo.

Inclusive, nos precedentes acima citados, o STF reconheceu que a conduta de desaparecimento forçado se tipifica como



sequestro e, ainda, que a conduta é permanente, ou seja, se perpetua no tempo enquanto não for encontrado o corpo:

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQUESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”). DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQUESTRO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. (...) 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. (...) 6. **Crime de sequestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes.** (...) 11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “sequestro qualificado”.¹⁵

Conforme visto, igual entendimento foi aplicado em recente julgado, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, em que se deferiu extradicação e, a par de se reconhecer a dupla tipicidade da conduta de desaparecimento forçado, entendeu-se que a conduta é

¹⁵ Ext 1150 - REPÚBLICA ARGENTINA. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/05/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

permanente.¹⁶

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes asseverou expressamente que de sequestro se protraí no tempo, enquanto não encontrado o corpo:

Segundo o entendimento adotado na EXT n. 974/Argentina, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas ainda não foi ratificada pelo Estado brasileiro; significa dizer que suas normas portanto não foram incorporadas ao ordenamento interno e, em consequência, não foi criado o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas. Considerou-se, entretanto, a possibilidade de análise da dupla tipicidade com base no delito de sequestro. Entendimento que adotado também. Com relação à ocorrência da prescrição, destaque que, conforme especificado no pedido extradicional, o Governo requerente incorporou em seu ordenamento jurídico a imprescritibilidade dos crimes relativos ao desaparecimento forçado de pessoa e às privações ilegítimas de liberdade, em razão de ser signatário da “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade” e da “Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas”. **Embora o Brasil não tenha ratificado as convenções que tratam da imprescritibilidade dos crimes dessa espécie, conforme assentado no julgamento da EXT n. 974/Argentina (DJe 4.12.2009) e da EXT n. 1.150/Argentina (DJe 17.6.2011), dada a natureza permanente do crime de sequestro, o prazo de prescrição somente começa a fluir a partir da cessação da permanência. Daí, concluir-se pela não-ocorrência da prescrição.** A propósito, colho manifestação do ministro Ricardo Lewandowski, red. do acórdão da EXT n. 974/Argentina: **“nos delitos de sequestro, quando os corpos não são encontrados – como é o caso que examinamos agora – em que pese o fato do crime ter sido cometido há décadas –, na verdade, está-se diante de um delito de caráter permanente, com relação ao qual não há como assentar-se a prescrição”** (Ext 1278, Relator(a): Min.

¹⁶ Ext 1278, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012.

GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 03-10-2012 PUBLIC 04-10-2012)

Da mesma forma, a decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund¹⁷ reconheceu expressamente o caráter permanente do desaparecimento forçado de pessoas, que perdura enquanto não se souber o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, de modo que se determine com certeza sua identidade:

§17. Ao contrário, em sua jurisprudência constante, **este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.** A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.

[...]

110. De todo o exposto, pode-se concluir que **os atos que constituem o desaparecimento forçado têm caráter permanente e que suas consequências acarretam uma pluriofensividade aos direitos das pessoas reconhecidos na Convenção Americana, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos**, motivo pelo qual os Estados têm o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana.



¹⁷ Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de Novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), §179. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na versão em português, está disponível em <<http://bit.ly/sentglund>> ou <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_p_or.pdf>; acesso em 12.05.2015.

[...]

121. [...] O Estado continua sem definir o paradeiro das 60 vítimas desaparecidas restantes, na medida em que, até a presente data, não ofereceu uma resposta determinante sobre seus destinos. **A esse respeito, o Tribunal reitera que o desaparecimento forçado tem caráter permanente e persiste enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, de modo que se determine com certeza sua identidade.**

179. Adicionalmente, com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (pars. 110 e 121 supra) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.

Diante do exposto, resta evidente a não incidência da Lei de Anistia no presente caso, em razão de tratar-se de crime permanente, que se protraí até a presente data. Ou seja, como o delito ainda se encontra em execução, ultrapassou-se em muito o termo *ad quem* da Lei de Anistia. Portanto, desponta evidente que a persecução penal do delito de sequestro não afronta, em nada, a decisão proferida pelo STF na ADPF 153.

II.3. A qualificação da conduta como crime de lesa-humanidade

Não bastasse, a conduta de desaparecimento de EDGAR DE AQUINO DUARTE qualifica-se como crime de lesa humanidade, com todas as consequências disto.



Realmente, tal conduta ocorreu em meio ao cometimento sistemático do crime internacionalmente conhecido como desaparecimento forçado. Conforme visto, 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,¹⁸ 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 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 um sistema organizado para suprimir a todo custo a oposição ao regime, não raro mediante ações criminosas cometidas e acobertadas por agentes do Estado.

Conforme bem ressaltou a Comissão Nacional da Verdade, que expressamente reconheceu o caráter sistemático das violações, o desaparecimento forçado “é toda privação de liberdade perpetrada por agentes do Estado – ou por pessoas ou grupos de pessoas que agem com autorização, apoio ou consentimento do Estado –, seguida pela recusa em admitir a privação de liberdade ou informar sobre o destino ou paradeiro da pessoa, impedindo o exercício das garantias

18Cf. 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_verdade_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. E se iniciou 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 -

processuais pertinentes”. Segundo a referida Comissão, o desaparecimento forçado exige a coexistência de três elementos: a) privação da liberdade da vítima (qualquer que seja sua forma);¹⁹ b) intervenção direta de agentes do Estado ou de terceiros que atuam com autorização, apoio ou consentimento estatal;²⁰ c) a recusa do Estado em reconhecer a detenção ou revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa.²¹

Desaparecimentos forçados, execuções sumárias, torturas e muitas infrações penais a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, ou seja, antes mesmo do início da execução delitiva, 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.

Nesse sentido, o reconhecimento de um crime contra a hu-

- 19 Segundo a Comissão, “todo desaparecimento forçado é caracterizado inicialmente pela privação da liberdade da vítima, seja ela legal ou ilegal, mesmo que por um período curto de tempo e realizada fora de um estabelecimento oficial. O Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário da ONU esclareceu, nesse sentido, que, quando o cadáver da vítima apresenta marcas de tortura ou de ferimentos ou, ainda, braços e pernas atados, há claros indícios de que a vítima foi arbitrariamente privada de liberdade antes de ser executada, mesmo que por um breve período de tempo” (Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*, v. I. Dezembro de 2014, p. 291).
- 20 Segundo a Comissão, “caracteriza desaparecimento forçado tanto a conduta praticada diretamente por agentes públicos como a conduta realizada por particular ou grupo de particulares que atuam com autorização, aquiescência ou apoio estatal. Nessa segunda hipótese, levam-se em consideração indícios que permitem comprovar a participação de agentes estatais, por exemplo, na detenção prévia da vítima por membros das forças de segurança, na submissão da vítima a interrogatório em órgãos públicos ou no fato de os particulares utilizarem armas de uso exclusivo das autoridades oficiais” (Idem).
- 21 Ainda segundo a Comissão, “a recusa estatal em fornecer informações sobre a detenção e o paradeiro de uma pessoa – seja recusa formal, implícita ou explícita – resulta no elemento fundamental para a configuração do delito de desaparecimento forçado. É precisamente essa característica que diferencia, de maneira mais evidente, o desaparecimento forçado da conduta de execução. Por meio dessa negativa, o Estado consegue atuar clandestinamente, retirando a vítima de esfera da proteção da lei, impedindo que seus familiares e a sociedade como um todo conheçam a verdade sobre as circunstâncias do desaparecimento. Note-se que a negativa do Estado em reconhecer a detenção, ou a apresentação de falsas versões que visam a ocultar o verdadeiro destino da vítima (por exemplo, afirmar que a pessoa foi posta em liberdade sem que ela jamais tenha sido vista novamente), não pode constituir obstáculo para a responsabilização estatal” (Ibidem).

manidade implica adoção de um regime jurídico imune a manobras de impunidade. Esse regime especial é, conforme proclamado pela Assembleia Geral da ONU, “um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais”.

Os crimes de lesa-humanidade, em razão da interpretação consolidada pelo jus cogens, são ontologicamente imprescritíveis e insuscetíveis de anistia. Trata-se de atributo essencial, pois a finalidade da qualificação de um fato como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune. Reconhece-se a imprescritibilidade sobretudo, porque, “amiúde, há, nos Estados em que são praticados, a impossibilidade material de processo dos grandes violadores, antes que a remoção do entulho ditatorial opere-se no ordenamento jurídico nacional, critério temporal que não é passível de medição. No caso brasileiro, em particular, a tarefa é notoriamente inacabada”²².

Assim, pode-se verificar que entre os elementos ontológicos destes crimes estão “a evidência de que são eles internacionais não apenas pela universalidade, em tese, dos valores que protegem, mas, sobretudo, porque, na prática, sua prevenção e punição não podem depender das vicissitudes nacionais (...)”²³.

A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro²⁴

²²VENTURA, Deisy. A interpretação judicial da Lei da Anistia brasileira e o Direito Internacional. In: Payne, Leigh; Abrão, Paulo; Torelly, Marcelo. (Org.). *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. 1 ed. Brasília/Oxford: Comissão de Anistia/Oxford University, 2011, v. 1, pp. 215-216.

²³VENTURA, Deisy. Idem.

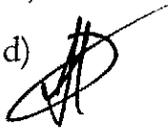
²⁴ O costume é fonte de direito internacional e, nos termos do art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, possui força normativa vinculante mesmo em relação a Estados que não tenham participado da formação do tratado que reproduza regra consuetudinária.

internacional, que definem as condutas imputadas como crime contra a humanidade quando cometidas em contexto de um ataque sistemático ou generalizado à população civil, para, dentre outros efeitos, submetê-lo à jurisdição universal, e declará-lo insuscetível de anistia ou prescrição.

Especificamente, o sequestro de EDGAR DE AQUINO DUARTE, cometido por agentes envolvidos na repressão aos “inimigos” do regime²⁵, já era, ao tempo do início da execução, um ilícito criminal no direito internacional sobre o qual não incidem as regras de prescrição e anistia virtualmente estabelecidas pelo direito interno de cada Estado membro da comunidade das nações.

Assim, a reprovação jurídica internacional à conduta imputada aos réus, a sua condição de crimes contra a humanidade e os efeitos disto decorrentes – a imprescritibilidade da ação penal a

25 Transcreve-se, a propósito, o argumento desenvolvido por Marcelo Rubens Paiva: “[U]ma pergunta tem sido evitada: por que, afinal, existem desaparecidos políticos no Brasil? Durante o regime militar, os exilados, no exterior, faziam barulho; a imagem do país poderia ser prejudicada, atrapalhando o andamento do “Milagre Brasileiro”, que dependia da entrada de capital estrangeiro. No Brasil, o Exército perdia o combate contra a guerrilha: assaltos (“expropriações”) a bancos, bombas em quartéis, e cinco guerrilheiros comandados pelo ex-capitão Carlos Lamarca rompem o cerco de 1.700 soldados comandados pelo coronel Erasmo Dias, no Vale do Ribeira. Estava claro que, para combater a chamada “subversão”, o governo deveria organizar um aparelho repressivo paralelo, com total liberdade de ação. É criado o DOI-Codi. Jornalistas, compositores, estudantes, professores, atrizes, simpatizantes e guerrilheiros são presos. Muitos torturados. Passa a ser fundamental para a sobrevivência das próprias organizações de guerrilha soltar “companheiros” ou simpatizantes presos. A partir de 1969, começam os sequestros de diplomatas. (...) Para os agentes da repressão, passam a ser prioritários a eliminação e o desaparecimento de presos. O ato é consciente: um extermínio. Encontraram a “solução final” para os opositores do regime, largamente utilizada pelas ditaduras chilena, a partir de 1973, e argentina, a partir de 1976; o Brasil foi um dos primeiros países a sofrer um golpe militar inspirado nas regras estabelecidas pela Guerra Fria, e uma passada de olho na lista de desaparecidos brasileiros revela que a maioria desaparece a partir de 1970. Se no Brasil a ideia da “solução final” tivesse sido aventada antes, não seriam apenas 150 pessoas, mas, como no Chile e na Argentina, milhares. (...) O tema, portanto, não está restrito a uma centena de famílias. Quando leio (...) que “uma fonte militar de alta patente” diz que os ministros não vão se opor ao projeto da União, mas “temem que essa medida desencadeie um processo pernicioso à nação”, me pergunto se os danos já não foram causados nos anos 70. Existem desaparecidos e desaparecidos, dos que combateram no Araguaia aos que morreram nos porões da Rua Tutóia e da Barão de Mesquita, dos que pegaram em armas aos que apenas faziam oposição, como meu pai, que não era filiado a qualquer organização, preso em 1971. Cada corpo tem uma história: uns foram enterrados numa vala comum do Cemitério de Perus, outros foram deixados na floresta amazônica, uns decapitados, outros jogados no mar.” (“Brasil procura superar ‘solução final’” in Janaina Teles (org.). Mortos e Desaparecidos Políticos: reparação ou impunidade, São Paulo: Humanitas, 2001, p. 53-54).

ela correspondente e a impossibilidade de anistia - está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior ao início da execução do delito: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945)²⁶; b) Lei do Conselho de Controle No. 10 (1945)²⁷; c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950)²⁸; d) 

26 Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. Londres, 08.08.1945. Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/350?OpenDocument>. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade “namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”

27 Nuremberg Trials Final Report Appendix D, Control Council Law n. 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>. Segundo o relatório: “Each of the following acts is recognized as a crime (...): Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”).

28 Texto 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://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. (“The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: (...); (b) War crimes: (...); (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime. The Tribunal did not, however, thereby exclude the possibility that crimes against humanity might be committed also before a war. In its definition of crimes against humanity the Commission has omitted the phrase “before or during the war” contained in article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg Tribunal because this phrase referred to a particular war, the war of 1939. The omission of the phrase does not mean that the Commission considers that crimes against humanity can be committed only during a war. On the contrary, the Commission is of the opinion that such crimes may take place also before a war in connection with crimes against peace. In accordance with article 6 (c) of the Charter, the above formulation characterizes as crimes against his own population”). O histórico completo dos trabalhos da Comissão está registrado no link: http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_3.htm. Sobre o assunto, observa Antonio Cassese (supra citado) que o vínculo entre crimes contra a humanidade e os crimes contra a guerra e contra a paz somente foi formalmente suprimido no anteprojeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, em 1996 (“It is interesting to note that the link between crimes against humanity and crimes against peace and war crimes was later deleted by the Commission when it adopted the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996”).

Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU (1954)²⁹; e) Resolução n.º 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966)³⁰; f) Resolução n.º 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966)³¹; g) Resolução n.º 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967)³²; h) Resolução n.º 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969)³³; i) Resolução n.º 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970)³⁴; j)

²⁹ Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf. (“The text previously adopted by the Commission (...) corresponded in substance to article 6, paragraph (c), of the Charter of the International Military Tribunal at Nurnberg. It was, however, wider in scope than the said paragraph in two respects: it prohibited also inhuman acts committed on cultural grounds and, furthermore, it characterized as crimes under international law not only inhuman acts committed in connexion with crimes against peace or war crimes, as defined in that Charter, but also such acts committed in connexion with all other offences defined in article 2 of the draft Code. The Commission decided to enlarge the scope of the paragraph so as to make the punishment of the acts enumerated in the paragraph independent of whether or not they are committed in connexion with other offences defined in the draft Code. On the other hand, in order not to characterize any inhuman act committed by a private individual as an international crime, it was found necessary to provide that such an act constitutes an international crime only if committed by the private individual at the instigation or with the toleration of the authorities of a State.”)

³⁰ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 3º da Resolução condena, “como crime contra a humanidade, a política colonial do governo português”, a qual “viola os direitos políticos e econômicos da população nativa em razão do assentamento de imigrantes estrangeiros nos territórios e da exportação de trabalhadores africanos para a África do Sul”.

³¹ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 1º da Resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como “crime contra a humanidade”.

³² Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm>. A resolução “reconhece ser imprescindível e inadiável afirmar, no direito internacional (...), o princípio segundo o qual não há prescrição penal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade” e recomenda que “nenhuma legislação ou outra medida que possa ser prejudicial aos propósitos e objetivos de uma convenção sobre a inaplicabilidade da prescrição penal a crimes de guerra e crimes contra a humanidade seja tomada na pendência da adoção de uma convenção sobre o assunto pela Assembleia Geral”.

³³ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/24/ares24.htm>. A resolução convoca todos os Estados da comunidade internacional a adotar as medidas necessárias à cuidadosa investigação de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, bem como à prisão, extradição e punição de todos os criminosos de guerra e pessoas culpadas por crimes contra a humanidade que ainda não tenham sido processadas ou punidas.

³⁴ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>. A resolução lamenta que numerosas decisões adotadas pelas Nações Unidas sobre a questão da punição de criminosos de guerra e pessoas que cometeram crimes contra a humanidade ainda não estavam sendo totalmente cumpridas pelos Estados e expressa preocupação com o fato de que, no presente, como resultado de guerras de agressão e políticas e práticas de racismo, apartheid, colonialismo e outras ideologias e práticas similares, crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam sendo cometidos. A resolução também convoca os Estados que ainda não tenham aderido à Convenção sobre a Inaplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade a observar estritamente as provisões da Resolução 2583 da Assembleia Geral da ONU.

Resolução n.º 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971)³⁵; 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 das Nações Unidas, 1973)³⁶.

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Não- Aplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1968)³⁷, a imprescritibilidade se estende 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 n.º 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 da Assembleia Geral da organização, em meados dos anos 60, a nítida intenção de se prescindir do elemento contextual “guerra” na definição dos crimes contra a humanidade.

No âmbito do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde o precedente *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1987, vem repetidamente afirmando a incompatibilidade entre as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e as regras

³⁵ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/26/ares26.htm>. A resolução reproduz os termos da Resolução anterior, de número 2712.

³⁶ ONU. Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas culpadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Adotados pela Resolução 3074 da Assembleia Geral em 03.12.1973 (“War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment...”). Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>.

³⁷ Adotada pela Assembleia Geral da ONU através da Resolução 2391 (XXIII), de 26.11.1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11.11.70.

de direito interno que excluem a punibilidade dos desaparecimentos forçados e dos demais delitos contra a humanidade.³⁸

Igual entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados da Corte IDH: Blake vs. Guatemala³⁹; Barrios Altos vs. Peru⁴⁰; Bamaca Velásquez vs. Guatemala⁴¹; Trujillo Oroza v. Bolívia⁴²; Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador⁴³; Massacre de Mapiripán vs. Colômbia⁴⁴; Goibirú vs. Paraguai⁴⁵; La Cantuta vs. Peru⁴⁶; Radilla Pacheco vs. México⁴⁷ e Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia⁴⁸.

É desnecessário dizer que, malgrado as recomendações internacionais dirigidas ao Estado brasileiro desde meados da década de 70, nenhuma investigação efetiva a respeito dos desaparecimentos forçados e das graves violações aos direitos humanos cometidas durante o regime de exceção foi feita até a prolação da já mencionada sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Isso não significa, obviamente, que as condutas antijurídicas cometidas por agentes estatais durante

38 Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C Nº 1.

39 Blake vs. Guatemala. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C No. 27.

40 Barrios Altos vs. Peru. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C No. 109.

41 Bámaca Velásquez versus Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C No. 91.

42 Trujillo Oroza versus Bolívia. Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C No. 92.

43 Irmãs Serrano Cruz versus El Salvador. Exceções Preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C No. 118.

44 Caso do Massacre de Mapiripán versus Colômbia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C No. 134.

45 Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, Nº 153.

46 La Cantuta versus Peru. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C No. 162.

47 Radilla Pacheco vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209.

48 Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1o de setembro de 2010. Série C No. 217.

o regime militar sejam indiferentes para o direito penal internacional: obviamente não o são, como se depreende dos documentos oficiais acima referidos.

No caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, conforme será visto a seguir com mais detalhe, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, decisão em que foi reiterada a inadmissibilidade da aplicação de disposições acerca da prescrição ou o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Registre-se ainda, que no direito comparado, além dos precedentes referidos na sentença do caso Gomes Lund, as cortes constitucionais da Argentina (casos Arancibia Clavel⁴⁹ e Videla⁵⁰), Chile⁵¹ e do Peru⁵² (caso Gabriel Orlando Vera Navarrete, também

49 “La ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad.”

50 No julgamento do recurso do ex-Presidente Ernesto Videla, afirmou a Suprema Corte da Nação argentina: “[E]s necesario (...) reiterar (...) que es ya doctrina pacífica de esta Cámara la afirmación de que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción conforme la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a dichos crímenes que nuestro sistema jurídico recepta directamente a través del art. 118 Constitución Nacional”).

51 No Chile, no caso Vila Grimaldi/Ocho de Valparaíso, a Corte de Apelações de Santiago igualmente afastou a ocorrência da prescrição: “[P]rocede agregar que la prescripción, como se ha dicho, ha sido establecida más que por razones dogmáticas por criterios políticos, como una forma de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Pero, en el Derecho Internacional Penal, se ha estimado que esta paz social y esta seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables si se prescinde de la prescripción, cuando menos respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.”

52 No Peru, no julgamento do caso Montoya, o Tribunal Constitucional alinhou-se com o conceito de “graves violações a direitos humanos” e estendeu sobre elas o manto da

de 2004⁵³) reconhecem o caráter de lesa-humanidade das condutas praticadas em contexto de ataque sistemático e generalizado, conforme se verifica no presente caso, extraindo dessa conclusão os efeitos jurídicos penais dele decorrentes, notadamente a vedação à anistia e à prescrição.

Concluindo, André de Carvalho Ramos assevera que existe hoje, no Direito Internacional, um corpo de normas que impõe a punição dos autores de crimes contra a humanidade e, por consequência, “todos os Estados da comunidade internacional têm um direito-dever de punir aqueles que cometeram crimes contra a humanidade”.⁵⁴

II.4. A Decisão da Corte Interamericana e as consequências do reconhecimento do caráter de crime de lesa humanidade. Não aplicabilidade da Lei de Anistia e de outros óbices à persecução, à luz da Convenção Interamericana de Direitos Humanos



imprescritibilidad: “Es así que, con razón justificada y suficiente, ante los crímenes de lesa humanidad se ha configurado un Derecho Penal más allá del tiempo y del espacio. En efecto, se trata de crímenes que deben encontrarse sometidos a una estructura persecutoria y condenatoria que guarde una línea de proporcionalidad con la gravedad del daño generado a una suma de bienes jurídicos de singular importancia para la humanidad in toto. Y por ello se trata de crímenes imprescriptibles y sometidos al principio de jurisdicción universal. (...) Si bien es cierto que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, ello no significa que sólo esta clase de grave violación de los derechos humanos lo sea, pues, bien entendidas las cosas, toda grave violación de los derechos humanos resulta imprescriptible. Esta es una interpretación que deriva, fundamentalmente, de la fuerza vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la interpretación que de ella realiza la Corte IDH, las cuales son obligatorias para todo poder público, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del TP del CPCConst.”

53 Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 2798-04-HC/TC - Gabriel Orlando Vera Navarrete (“26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”).

54 RAMOS, André de Carvalho. *O Caso Pinochet: passado, presente e futuro da persecução criminal internacional*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo- SP, v. 7, 1999, p. 106.

Não bastassem os argumentos já invocados – que seriam suficientes para julgar improcedente, sem qualquer sombra de dúvidas, a presente reclamação – necessário se faz observar que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos também afasta a aplicação da Lei de Anistia, bem como de qualquer óbice à persecução penal dos fatos imputados.

Realmente, conforme é sabido, em 24 de novembro de 2010 – ou seja, após a decisão proferida na ADPF 153 –, no que concerne ao caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, a Corte Interamericana condenou o Brasil nos seguintes termos:

XII

PONTOS RESOLUTIVOS

325. Portanto, **A CORTE DECIDE**, por unanimidade:

1. Admitir parcialmente a exceção preliminar de falta de competência temporal interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 15 a 19 da presente Sentença.
2. Rejeitar as demais exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 26 a 31, 38 a 42 e 46 a 49 da presente Sentença.

DECLARA,

por unanimidade, que:

3. 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.

[...]

5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos,



contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado 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 desse instrumento, **pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada**, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma.

[...]

7. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 desta mesma decisão.

E DISPÕE,

por unanimidade, que:

8. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.

9. **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 presente Sentença.**

[...]

15. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. **Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.**



[...]

Na supracitada sentença, a Corte Interamericana fixou diversas obrigações de fazer para o Estado brasileiro. **Destaca-se, aqui, a parte final dos itens 9 e 15, cujo teor se refere à obrigação de promover a persecução penal de autores de graves violações a direitos humanos, inclusive nos casos de desaparecimento forçado de pessoas.**

Nesse sentido, **afere-se do ponto resolutivo 3 que a Corte IDH declarou sem efeito as disposições da Lei 6.683/1979 que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, por incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Sendo assim, a referida lei não pode caracterizar obstáculo à investigação, identificação e punição dos responsáveis, nos casos relativos à chamada Guerrilha do Araguaia e em outros episódios de graves violações a direitos humanos ocorridos no Brasil durante a ditadura militar, tal qual o caso em tela.

Além disso, foi declarada a responsabilidade do Brasil pela violação das garantias judiciais e da proteção judicial previstas nos arts. 8(1) e 25(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pela falta de investigação dos fatos e de julgamento e sanção dos responsáveis (ponto resolutivo 5).

Desse modo, foram definidos na referida sentença internacional (a cujos efeitos o Brasil deliberadamente se obrigou), nos parágrafos 256 e 257, alguns parâmetros da persecução penal a ser manejada pelos órgãos competentes estatais.

XI
REPARAÇÕES



(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção)

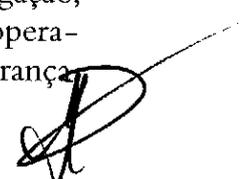
[...]

256. No Capítulo VIII da presente Sentença, a Corte declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em virtude da falta de investigação, julgamento e eventual sanção dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Tomando em consideração o anteriormente exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente 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 disponha. Essa obrigação deve ser cumprida em um prazo razoável, considerando os critérios determinados para investigações nesse tipo de caso, *inter alia*:

a) iniciar as investigações pertinentes com relação aos fatos do presente caso, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época, a fim de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos de acordo com a complexidade desses fatos e com o contexto em que ocorreram, evitando omissões no recolhimento da prova e no seguimento de linhas lógicas de investigação;

b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentencia, e

c) garantir que: i) as autoridades competentes realizem, *ex officio*, as investigações correspondentes, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas e, em particular, estejam facultadas para o acesso à documentação e informação pertinentes, para investigar os fatos denunciados e conduzir, com presteza, as ações e investigações essenciais para esclarecer o que ocorreu à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso; ii) as pessoas que participem da investigação, entre elas, os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, disponham das devidas garantias de segurança;



e iii) as autoridades se abstenham de realizar atos que impliquem obstrução do andamento do processo investigativo.

257. Especificamente, o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar. Finalmente, a Corte considera que, com base em sua jurisprudência, o Estado deve assegurar o pleno acesso e capacidade de ação dos familiares das vítimas em todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei interna e as normas da Convenção Americana. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos objeto do presente caso, bem como aqueles que por eles são responsáveis.

2. Determinação do paradeiro das vítimas

Assim, o item *b* do parágrafo 256 prevê a responsabilização criminal dos autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, tratando-se de caso de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter permanente do desaparecimento forçado, **o referido parágrafo declara a inaplicabilidade da Lei da Anistia pelo Estado** e age no mesmo sentido acerca de outras disposições análogas, tais como prescrição, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação.

A sentença internacional da Corte de Direitos Humanos fixou, portanto, o dever de **promover a responsabilização penal dos autores materiais e intelectuais de crimes cometidos com graves violações aos direitos humanos** – seja na Guerrilha do Araguaia, **seja em casos análogos (como no caso a que se refere esta reclamação)** – dentro de quadro normativo a afastar, entre outros aspectos, a aplicação de preceitos de anistia



(da Lei 6.883/1979 ou de disposição semelhante) e de prescrição.

Portanto, a decisão da Corte Interamericana reconhece que os crimes imputados aos denunciados, cometidos no contexto de um ataque sistemático ou generalizado à população civil, são insuscetíveis de anistia e de prescrição, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso Gomes Lund vs. Brasil ao presente caso.

Em consequência, a Lei de Anistia não é um documento jurídico válido - à luz da jurisprudência pacífica da Corte Interamericana e, inclusive, em razão de decisão expressa aplicável ao Brasil - para obstar a punição daqueles responsáveis pela prática de crimes de lesa-humanidade. Em outras palavras, a Corte Interamericana é absolutamente clara sobre a inviabilidade de a Lei de Anistia ser aplicada ao caso em análise.

Portanto, a partir da sentença da Corte Interamericana, as instituições do sistema de justiça criminal brasileiro estão juridicamente obrigadas a promover a persecução penal de condutas configuradoras de “graves violações a direitos humanos” cometidas por agentes do regime ditatorial de 1964. A ação penal, suspensa por intermédio desta reclamação, estava justamente cumprindo o determinado pela Corte IDH.

Há, assim, um dever de investigar e processar tais graves violações aos Direitos Humanos no âmbito internacional e, mais especificamente, em decorrência de decisão vinculante imposta ao Brasil.

E não bastasse, este dever de investigação também se extrai da



Constituição brasileira, em especial do princípio que proíbe a proteção deficiente.

Realmente, 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.

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:

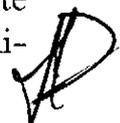
“Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (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 incons-



titucionais. 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 jurídicos 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 limi-



tes 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).

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.

II.5. O caráter vinculante da decisão da Corte Interamericana e sua compatibilidade com a decisão na ADPF 153.

Por fim, a interpretação dada pela sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund é vinculante ao Brasil e não afronta a decisão proferida na ADPF 153.

De início, destaque-se que em 6 de novembro de 1992, por meio do Decreto 678, foi promulgado pelo Brasil a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 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, ou seja, possuem caráter mandatório.

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

Não resta, portanto, 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.

Dessa forma, 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, e tampouco 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.

De tal maneira, a decisão da Corte Interamericana possui efeito vinculante e, conforme veremos, não é, em nada,



incompatível com o conteúdo do acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153, no âmbito da qual se declarou, conforme visto, a constitucionalidade da lei que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

A presente compatibilidade é reforçada pela 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. Assim, o julgamento da ADPF não esgotou o controle de validade da Lei de Anistia, uma vez que não abarcou questão tratada pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na ADPF 153/DF, o STF procedeu ao controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979, mas – e este dado é também essencial para assentar a improcedência da reclamação – não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Não efetuou – *até porque não era esse o objeto daquela ação* – o chamado controle de convencionalidade da norma. Enquanto na ADPF 153/DF, 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 e à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte de São José, portanto, não reviu a decisão do STF (até porque lhe faltaria competência a tanto), mas



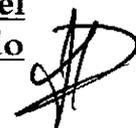
apontou a falta de convencionalidade e, portanto, a inaplicabilidade de determinadas normas internas, entre elas os preceitos de anistia, prescrição e coisa julgada, a fim de garantir proteção judicial de vítimas de graves violações a direitos humanos. Nos demais casos, permanecem de aplicação exclusiva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

Em verdade, cada decisão possui seu objeto próprio e seu parâmetro específico de análise. Em outras palavras, o STF – na sua qualidade de guardião da Constituição – efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979 à luz do direito interno e da Constituição, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou – até porque não era esse o objeto da ação – o chamado “controle de convencionalidade” da norma. Conforme aponta André de Carvalho Ramos:

“[O] STF, que é o guardião da Constituição (...) exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153, a maioria dos votos decidiu que a anistia aos agentes da ditadura militar é a interpretação adequada da Lei de Anistia e esse formato amplo de anistia é que foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

De outro lado, a Corte de San José é a guardiã da CADH e dos tratados de DH que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte Interamericana, a Lei de Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Mais: sequer as alegações de prescrição, bis in idem e irretroatividade da lei penal gravior merecem acolhida.

Com base nessa separação vê-se que é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do



STF e da Corte de San José.

[...]

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Por sua vez, as teses defensivas de prescrição, legalidade penal estrita etc., também deveriam ter obtido a anuência dos dois controles. Como tais teses defensivas não convenceram o controle de convencionalidade e dada a aceitação constitucional da internacionalização dos DH, não podem ser aplicadas internamente.”⁵⁵

Portanto, não existe conflito entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a da Corte Interamericana no caso GOMES LUND. Com efeito, o que há é o exercício do sistema de duplo controle, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Assim, afirma André de Carvalho Ramos que “Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.”⁵⁶

De outro giro, no que se refere à força cogente e ao caráter vinculante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil), conclui-se que o

⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar - Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 217-218.

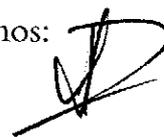
⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar - Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.

fato de se dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana não implica dizer que a decisão da Corte Interamericana seja superior à do Supremo Tribunal Federal ou que se esteja desautorizando a autoridade do sistema de justiça pátrio. E tampouco significa violar o caráter vinculante da decisão do STF.

Não se pode perder de vista que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de São José da Costa Rica”), e, portanto, vinculou-se, voluntariamente, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que impõe o dever de adotar, no direito interno, as medidas necessárias ao fiel cumprimento das obrigações assumidas em virtude daquele diploma, em especial a observância das decisões referentes às graves violações a direitos humanos aqui ocorridas. Ressaltando-se que,

“Ao aderir à Convenção e reconhecer a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assume também um compromisso transcendente aos limites do poder soberano interno, qual seja, o de cumprir com as decisões de um órgão jurisdicional não sujeito à sua soberania. Nesta hipótese, supera-se, de forma irreversível, o dogma da soberania absoluta. Ainda assim, se restar alguma dúvida, a própria Corte, na Opinião Consultiva 02/82, afirmou a supremacia das normas de direito internacional de direitos humanos, independentemente de nacionalidade, bem como o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima”.⁵⁷

No tocante à preocupação referente à soberania do país e à declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia pelo Supremo Tribunal Federal, anterior à decisão internacional, mister trazer à baila os ensinamentos de André de Carvalho Ramos:



⁵⁷ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 102-103.

“No plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno, já que inexistente, como apontado, hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais. A sentença internacional, ao ser implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato.”⁵⁸

Segundo André de Carvalho Ramos, não cumprir as decisões da Corte violaria o art. 5, §2 e §3º, bem como todos os comandos constitucionais que tratam de “tratados de direitos humanos”, tal como o art. 7º da ADCT. Sobre este último, assevera:

“Ora, que adiantaria a Constituição chegar a mencionar expressamente um tribunal internacional de direitos humanos se fosse autorizados constitucionalmente a qualquer autoridades brasileira ignorar seus comandos desse mesmo Tribunal?”⁵⁹

Assim, uma vez reconhecida a jurisdição – iniciativa facultativa, relembre-se – a jurisdição passa a ser obrigatória. Em outras palavras, como lembra Valério Mazzuoli, “aceita a competência jurisdicional da Corte os Estados se comprometem a cumprir tudo aquilo que por ela vier a ser decidido, tanto em relação à interpretação quanto relativamente à aplicação da Convenção”.⁶⁰

Em outras palavras, o Brasil exerceu a própria soberania ao aceitar a jurisdição da Corte e o fez em nome de sua própria soberania. No reconhecimento da jurisdição, embora com a

⁵⁸ CARVALHO RAMOS, André. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 345.

⁵⁹ CARVALHO RAMOS, André. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da ditadura militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valério. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 270/271.

participação apenas do Executivo e o Legislativo, todo o Estado brasileiro se vincula, assim como todos seus órgãos e Poderes. Não foi obrigado a aceitar e, portanto, aplica-se o princípio do *pacta sunt servanda*. Conforme decidiu a Corte Interamericana,

“No funcionamento do sistema de proteção consagrado na Convenção Americana, reveste particular importância a cláusula facultativa de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana. Ao se submeter a esta cláusula o Estado fica vinculado à integridade da Convenção, e comprometido por completo com a garantia da proteção internacional dos direitos humanos consagrada em dita Convenção”⁶¹.

Nesta linha, o Brasil, quando aceitou a Convenção, se obrigou, de boa-fé, a respeitar e cumprir as decisões da Corte. Relembre-se que o artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados 1969 afirma que um tratado deverá ser interpretado de boa fé, conforme o sentido corrente que se deva atribuir aos termos do tratado, em seu contexto, e tendo em conta seu objetivo e fim. Como lembra Flávia Piovesan, uma vez aceita a competência da Corte, os “Estados devem garantir o cumprimento das decisões, sendo inadmissível sua indiferença, omissão e silêncio.”⁶²

Inclusive, esta jurisdição obrigatória da Corte é uma das **cláusulas pétreas da proteção internacional dos direitos humanos**.⁶³ Realmente, admitir que um país aceite a jurisdição da

⁶¹ Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia), §46, tradução livre. No original: “En el funcionamiento del sistema de protección consagrado en la Convención Americana, reviste particular importancia la cláusula facultativa de aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Al someterse a esa cláusula queda el Estado vinculado a la integridad de la Convención, y comprometido por completo con la garantía de protección internacional de los derechos humanos consagrada en dicha Convención”.

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 262.

⁶³ Caso Ivcher Bronstein vs. Perú (Sentencia de 24 de septiembre de 1999, Competencia), §46; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia de 24 septiembre de 1999, Competencia), §35.

Corte e, posteriormente – caso alguma decisão que lhe desagrade – venha a recusá-la seria reconhecer e aceitar a total inutilidade da Corte Interamericana, pois é inerente a qualquer tribunal o reconhecimento de sua obrigatoriedade e força vinculante.

Por outro lado, não se trata de uma questão de soberania ou de conflito entre duas instâncias de equivalente estatura, mas de competência funcional da Corte Interamericana em matéria de graves violações a direitos humanos, pois foi para o julgamento dessas matérias que foi instituída.

Logo, não há que se falar em conflito e nem da possibilidade de se recusar a autoridade da Corte sem que isso represente sério descumprimento do disposto no artigo 68.1 da Convenção respectiva: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

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.

Assim, salvo na hipótese de se declarar a inconstitucionalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Ministério Público e o Judiciário – assim como o governo e o Legislativo – estão adstritos ao cumprimento da decisão da Corte.

Para se entender que essa sentença internacional, que tornou inválida a Lei de Anistia para os agentes da repressão, não é vinculante, seria imprescindível realizar um juízo de constitucionalidade do já mencionado artigo 68.1, da Convenção



Interamericana de Direitos Humanos.

Ocorre que, 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.

Diante de tais esclarecimentos, inexistente, manifestamente, qualquer vício de inconstitucionalidade que justifique recusa a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em realidade, à luz do supracitado 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.

Com efeito, não há como o País ter ratificado a referida norma e agora, sob alegação de prevalência do direito interno, seus órgãos



judiciários decidirem contra a decisão da Corte e a própria Convenção, sem nenhum ato prévio de declaração de inconstitucionalidade do ato de ratificação desse documento internacional.

Vale ressaltar aqui, que eventual declaração de inconstitucionalidade deve considerar a necessidade do Brasil denunciar integralmente a Convenção, conforme dispõe o artigo 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

“O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente.”

Ademais, sequer seria admissível denunciar a Convenção Interamericana, por outro motivo: isto representaria claro retrocesso dos Direitos Humanos, o que não é aceito pelo princípio da proibição do retrocesso. Como afirma Mazzuoli,

“[o] Estado não pode, por ato unilateral seu, desengajar-se do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, desonerando-se das obrigações que anteriormente assumira, uma vez que tal configuraria um retrocesso à proteção desses mesmos direitos no território deste Estado (estando o princípio da vedação do retrocesso a impedir que isto aconteça)”⁶⁴.

E mesmo que fosse possível a referida denúncia à jurisdição da Corte – o que não é possível, reitere-se – ou denúncia de todo o Tratado, jamais poderia produzir efeitos imediatos. Neste caso a

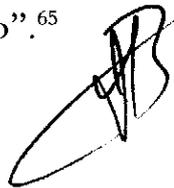
⁶⁴MAZZUOLI, Valério. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 275.

denúncia deveria observar o artigo 78 da Convenção Americana, que estabelece um aviso prévio de um ano. Ademais, segundo o parágrafo segundo deste mesmo artigo,

“Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito”.

Segundo a própria Corte Interamericana já asseverou:

Ainda na hipótese de que fosse possível tal “retirada”, - hipótese rechaçada por esta Corte,- **não poderia este em modo algum produzir “efeitos imediatos”**(...). A obrigação internacional em questão, ainda que tenha sido contraída por meio de uma declaração unilateral, tem caráter vinculante; o Estado fica sujeito a “seguir uma linha de conduta consistente com sua declaração”, e os demais Estado Partes estão habilitados para exigir que seja cumprida. (...) Assim, para que a aceitação da cláusula facultativa seja terminada unilateralmente, devem aplicar-se as regras pertinentes do direito dos tratados, as quais descartam claramente referida terminação ou “retirada” com “efeito imediato”.⁶⁵



65 Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Sentencia de 24 de septiembre de 1999 (Competencia), §52 e 53. Tradução livre. No original: “Aún en la hipótesis de que fuera posible tal “retiro”, -hipótesis rechazada por esta Corte,- no podría éste de modo alguno producir “efectos inmediatos”. (...). La obligación internacional en cuestión, aunque haya sido contraída por medio de una declaración unilateral, tiene carácter vinculante; el Estado queda sujeto a “seguir una línea de conducta consistente con su declaración”, y los demás Estados Partes están habilitados para exigir que sea cumplida (...). Así, para que la aceptación de la cláusula facultativa sea terminada unilateralmente, deben aplicarse las reglas pertinentes del derecho de los tratados, las cuales descartan claramente dicha terminación o “retiro” con “efecto inmediato”.

Ou seja, a denúncia da Convenção não desoneraria o Estado a cumprir as decisões cometidas quando ainda era parte no instrumento internacional.⁶⁶

Não há dúvidas, pois, de que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos há de ser promovido pelo Brasil, de modo que, se confirmada a decisão que suspendeu o trâmite da ação penal em questão, o Estado brasileiro permanecerá em mora com o sistema internacional até a implementação da sentença da Corte e poderá ser, portanto, responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento do compromisso assumido com a assinatura do tratado.⁶⁷

Além disso, não se pode olvidar que a própria recusa ao seguimento da presente ação pode configurar uma nova violação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme o entendimento da Corte Interamericana sobre a “obrigação de garantia” dos direitos previstos naquele diploma.

Com efeito, 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.

Desse modo, os órgãos integrantes do sistema de Justiça brasileiro não podem recusar a sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a alegação de prevalência do direito constitucional interno, pois é este mesmo direito constitucional que vinculou o Estado à autoridade do tribunal internacional.

⁶⁶Idem, p. 270/271.

⁶⁷Nesse sentido: “Quando o Estado condenado não cumpre a sentença, cabe à Corte informar o fato em seu informe anual dirigido à Assembleia-geral da OEA, onde se materializa sanção moral e política”. (CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133)



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. Nesse sentido, da análise das relações entre jurisdições internas e internacionais e, especificamente, no que concerne ao problema da unidade de aplicação do Direito Internacional, garante Pierre-Marie Dupuy que é na cabeça dos próprios juízes que a questão se resolve. “Se eles estiverem convencidos da necessidade de aplicação harmonizada das regras de Direito Internacional, a unidade deste estará assegurada.”⁶⁸ 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.

E não bastasse, deve-se destacar que o próprio ordenamento jurídico impõe a observância da decisão da Corte Interamericana. Impedir a continuidade da ação penal violaria, com o devido respeito, os arts. 1º, III, 4º, I, e 5º, §§ 2º e 3º, da ordem constitucional de 1988, 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.

68 DUPUY, Pierre-Marie. Op. cit., p. 1-2.

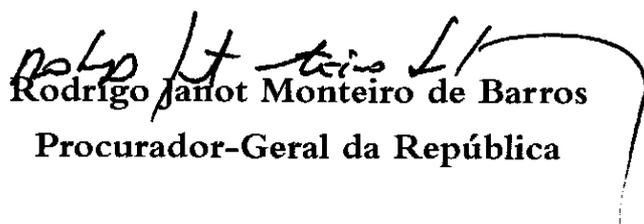


Por outro lado, os preceitos dos arts. 1º, III, e 4º, I, da CR integram em nexo de implicação e reforço mútuos. A dignidade humana não é apenas um direito. Uma das tendências mais marcantes do pensamento constitucional contemporâneo é a convicção amplamente difundida de ser fundamento de validade dos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

III- Conclusão

Ante o exposto, considerando que a ação penal em trâmite perante a 9ª Vara Federal (Processo nº 0011580-69.2012.403.6181) não afronta em nada o quanto decidido pelo STF na ADPF 153 e, ainda, à luz da decisão vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Procurador-Geral da República manifesta-se pela **improcedência da reclamação e pede urgência no julgamento**, especialmente diante do fato de que o sequestro ocorreu no ano de 1971 e que diversas testemunhas e, inclusive, os imputados se encontram com avançada idade.

Brasília (DF), 15 de junho de 2015.


Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República