



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nº RE/DD/459/15

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 881.748/RJ

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRIDO : VALTER DA COSTA JACARANDA

RECORRIDO : LUIZ MARIO VALE CORREIA LIMA

RECORRIDO : ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA

RECORRIDO : DULENE GARCEZ DOS REIS

RELATOR : MINISTRO TEORI ZAVASCKI

Ementa. Recurso extraordinário. Sequestro. Crime permanente. Discussão sobre a extensão dos efeitos da Lei 6.683/79 a crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometido após essa data. Questão pendente de pronunciamento por essa Corte nas ADPFs 153-EDcl/DF e 320/DF. Adoção das razões do parecer emitido na ADPF 320/DF. Provimento do recurso.

Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional contra acórdão assim ementado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESAPARECIMENTO DE MILITANTE DURANTE A DITADURA MILITAR. PROVA INDICIÁRIA QUE INDICA O FALECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DOS ACUSADOS AO TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 148, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA QUE SE CONFIRMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

I - O conjunto probatório coligido aos autos não deixa dúvidas de que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA foi capturado por agentes na noite de 16 de janeiro de 1970 e levado para as dependências do DOI-CODI situado no 1º Batalhão de Polícia do Exército - Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro. As barbáries cometidas contra a vítima foram atestadas por presos políticos que estavam naquele mesmo dia, na cela ao lado da de MÁRIO.
II - Pelo contexto histórico do fato, pelas circunstâncias em que MÁRIO ALVES foi encontrado após ter sido torturado, pela idade (sim, pois seria leviano desconsiderar esse dado biológico) e pela inexistência de qualquer notícia sobre seu paradeiro ao longo desses 43 anos, não há como afirmar

que a vítima se encontra desde 1970 privada de seu direito de ir e vir a mando dos denunciados.

III - A presunção é de que MÁRIO tenha falecido em decorrência da intensa sessão de tortura realizada e, por esse motivo, caberia ao MPF afastá-la, ainda que munido de indícios, para iniciar uma persecução penal visando à condenação dos agentes públicos pelo crime de sequestro. No entanto, o Ministério Público Federal não trouxe qualquer contraindício suficiente, ao menos para plantar a dúvida, sobre o falecimento da vítima.

IV - A alegação de que MÁRIO ALVES foi visto com vida no dia seguinte à sessão de tortura não é suficiente para comprovar que o sequestro esteja perdurando até os dias atuais, sobretudo porque os relatos convergem no sentido de que seu estado de saúde era calamitoso.

V - Quanto à Lei nº 9.140/95, perfilho do entendimento de que o referido texto normativo institucionalizou fato notório que a história já havia revelado e que a expressão 'para todos os efeitos legais' contida em seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal, mormente porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência.

VI - A Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados, sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 153.

VII - A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada quando do julgamento do caso 'Gomes Lund e outros' (Guerrilha do Araguaia), em que o Tribunal concluiu que o Brasil foi o responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrida entre os anos de 1972 e 1974, não tem eficácia na espécie, eis que além de ter analisado os desaparecimentos ocorridos apenas naquele contexto, o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriores.

VIII - Rejeição da denúncia que deve ser mantida. Recurso desprovido."

Consta dos autos que o MPF denunciou os ora recorridos pela prática do delito de sequestro, previsto no art. 148, § 2º, do Código Penal. Contudo, o juízo de 1º grau rejeitou a inicial acusatória, basicamente sob os seguintes fundamentos:

"De tudo que foi exposto, observa-se que a denúncia não se orienta no intuito de evidenciar o dolo dos denunciados, vale dizer, a vontade deliberada de privar a vítima MÁRIO ALVES de sua liberdade. Ao revés, descreve a privação da liberdade como meio para a consecução da tortura, detidamente descrita à partir do item 2.1 da denúncia e posteriormente detalhada no item 3, momento em que é imputada a participação de cada denunciado. A tortura, por outro lado, atinge bem jurídico diverso mais abrangente, consubstanciado na própria dignidade da pessoa humana. Resta evidente, à partir da narração, bem como dos robustos elementos que a suportam, que MÁRIO ALVES foi detido ilegalmente (teve o bem jurídico liberdade de locomoção cerceado) com o objetivo de ser interrogado e, para tanto, torturado. O contexto histórico, bem como as atividades profissionais e políticas da vítima, também evidenciadas pela narração da denúncia em seu item 1, dão suporte a essa conclusão.

Em outras palavras, a narrativa do delito conduz não à vontade deliberada dos denunciados privarem a liberdade de MÁRIO ALVES, mas ao cerceamento como meio de submetê-lo à tortura para obter informações em razão de sua atividade político-partidária e profissional.

Houve uma indevida inversão pelo Ministério Público Federal quando atribui relevância ao sequestro (à privação da liberdade) em detrimento dos maus tratos (à tortura). Tal inversão foi deliberada, objetivando adequar a conduta a um crime de natureza permanente, de forma a evitar o fenômeno da prescrição e a eficácia da Lei da Anistia.

A exaustiva narrativa dos maus tratos sofridos por MÁRIO ALVES enquanto esteve nas dependências do DOI-CODI/RJ não pode ser capitulada como mera causa qualificadora de crime de sequestro, mas como o verdadeiro mote de agir para a privação da liberdade. Não é por outra razão que a Lei 9.455/97, ao conceituar o crime de tortura, estabelece que:

'Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental omissis

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. omissis

§ 4º aumenta-se a pena de um sexto até um terço: omissis

III - se o crime é cometido mediante sequestro.'

Muito embora a Lei 9.455/97 seja posterior aos fatos, e ante o seu caráter mais gravoso não possa ter efeitos retroativos, serve como elemento informativo de que o

sequestro constitui meio de tortura, e não o inverso. Rememore-se, conforme já dito e assentado pela doutrina, que o sequestro pode constituir delito subsidiário, integrando outros crimes como elementar.

(...)

Concluo, assim, não haver substrato probatório mínimo no sentido de terem agido os denunciados com animus de privar a vítima de sua liberdade. Ao revés, não apenas a lição histórica que se tem acerca do período, mas os elementos nos quais o MPF suporta a denúncia indicam que não havia vontade deliberada dos denunciados privarem o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 148 do Código Penal (a liberdade), mas de o fazerem como meio de realizar tortura, atingindo a dignidade da vítima MÁRIO ALVES.

Considerando que na época dos fatos inexistia tipo penal próprio para a tortura, observa-se que as descrições mais próximas para os fatos seriam ou o crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal) ou de lesão corporal seguida de morte (artigo 129 do Código Penal), ambos já fulminados pela anistia (Lei 6.683/79), que abarcou os crimes políticos e conexos cometidos entre 02/09/1961 e 15/08/1979 e/ou pela prescrição (artigos 107, IV, c/c 109, I, do Código Penal).

(...)

Também irrelevante considerar o fato da Lei 9.140/95 ser posterior à regra da imprescritibilidade, imposta pela Constituição da República, já que, conforme se afirmou, citada norma não é evocada como razão de decidir.

(...)

Já ficou assentado que a morte de MÁRIO ALVES prescinde de qualquer presunção legal decorrente da Lei 9.140/95 que, no dizer do parquet, teria fins meramente humanitários.

(...)

Não poderia MÁRIO ALVES ser reconhecido vivo para fins penais e, ao mesmo tempo, morto para fins de responsabilização civil do Estado e pagamento de indenização à família. Além de contraditórios os pressupostos, colocariam sob questionamento a própria validade dos pagamentos efetuados, além de trazer indesejável insegurança ao Ordenamento Jurídico.

(...)

Não há, portanto, em conclusão, possibilidade de se considerar MÁRIO ALVES vivo, para fins penais, quando a prova indiciária o tem como morto, consistindo essa opção a única consentânea com o ordenamento jurídico vigente que, a partir da Lei 9.140/95 institucionalizou juridicamente fato notório que a história já havia revelado.

(...)

Ademais, não bastassem esses argumentos, saliento, uma vez mais, que, no caso vertente, há prova do evento morte, declarada, inclusive, judicialmente, em sentença

transitada em julgado conforme antes ressaltado e reproduzido.

(...)

Conclusão:

Ante todo o exposto, com o máximo respeito ao (permanente) sofrimento das vítimas e famílias e ao trabalho exemplarmente conduzido pelo Ministério Público Federal — o que só vem a comprovar a necessidade de se assegurar ao órgão autonomia para realizar investigações independentes como a presente — mas considerando em rápida síntese que:

1. os elementos de prova que instruem a denúncia não dão lastro ao elemento subjetivo do tipo do crime de sequestro;
2. que os fatos narrados se amoldariam aos delitos de homicídio ou lesão corporal seguida de morte, cuja punibilidade está extinta, seja pela anistia ou pela prescrição;
3. que ainda que se admitisse a capitulação inicial de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa do exaurimento do crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição;
4. que não existe lei anterior de natureza convencional com força cogente que se amolde aos fatos descritos na denúncia;
5. que não há decisão vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da revisão da lei da anistia em relação aos fatos narrados em relação a MÁRIO ALVES.

REJEITO a DENÚNCIA oferecida em face de LUIZ MÁRIO VALE CORREIA LIMA, ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA, DULENE ALEIXO GARÇEZ DOS REIS e VALTER DA COSTA JACARANDÁ”.

Contra a referida decisão, o MPF manejou recurso em sentido estrito no TRF da 2ª Região, que restou desprovido, seguido de embargos de declaração, igualmente rejeitados. Houve, então, recursos especial e extraordinário, que, com o desprovimento do primeiro, os autos chegaram a essa Corte para pronunciamento sobre o segundo.

O recorrente sustenta, basicamente, que o acórdão regional: (i) viola os arts. 1º, II e III, e 5º, XLIV, da Constituição¹, por

¹Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

considerar exaurido o crime de sequestro imputado aos acusados, com a extinção da punibilidade pela anistia ou prescrição; e (ii) contraria os arts. 4º, II, e 5º, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição, tendo em vista a imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade, e por entender inaplicável a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferida no julgamento “Gomes Lund e outros – Guerrilha do Araguaia”.

A pretensão ora deduzida encontra-se pendente de resolução pelo Plenário dessa Corte, nos autos da ADPF 153-EDcl/DF e da ADPF 320/DF. Tendo em conta a pertinência temática entre as duas ADPFs, em 21/5/2014, o relator, Ministro Luiz Fux, determinou o apensamento dos autos da segunda ação à primeira. Em 28/8/2014, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, emitiu parecer na ADPF 320/DF, cujas razões passam a ser adotadas na presente oportunidade, no ponto que interessa:

“(…)

No caso, o resultado da inércia dos Poderes do Estado brasileiro e as interpretações e aplicações que têm eles extraído e adotado acerca da vinculatividade e do conteúdo da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND contra o Brasil violam os arts. 1º, III, 4º, I, e 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República de 1988.

A omissão do Estado brasileiro em dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos fere preceitos fundamentais do art. 5º, §§ 2º e 3º, que determinam a prevalência, no ordenamento interno, até mesmo sobre normas constitucionais, dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil. Como no caso, ao ignorar a jurisdição da Corte Interamericana e considerar suas decisões como não vinculativas do Brasil, o efeito prático é a negativa de vigência a ambos os dispositivos.

Por outro lado, a respeito dos arts. 1º, III, e 4º, I, ambos os preceitos violados interagem em nexo de implicação e reforço

(…)

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

(…)

Art. 5º

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

(…)”

mútuos. A dignidade humana é não apenas um direito, mas fundamento de todos os direitos humanos. E o conjunto de direitos do ser humano protege-o como ser digno de proteção especial apenas pela sua condição humana.

Uma das tendências mais marcantes do pensamento constitucional contemporâneo é a convicção amplamente difundida de que o fundamento de validade dos direitos do homem é o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da Constituição da República). Este concentra o núcleo do sistema de direitos fundamentais protetivo dos indivíduos, que não podem ser subjugados pelas chamadas razões de Estado, por interesses públicos ou coletivos.

A dignidade humana é a medida e o fundamento de todos os direitos fundamentais e o centro da proteção ao indivíduo, reconhecendo no homem singularidade não puramente corporal ou animal, mas também racional. Mais do que atribuir-lhe racionalidade, trata-se de reconhecer a característica de ser capaz de tomar a si mesmo como objeto da própria 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, projetando sua morte (DILTHEY). Também é marca de ser capaz de programar-se entre os atos pretéritos e as expectativas do futuro, revelando-se mais que um "ser" um "poder-ser", ou seja, 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 constante aperfeiçoamento.

A consagração da dignidade do homem é a métrica e a lógica do sistema internacional de direitos humanos e perpassa a constituição das principais nações cuja tradição jurídica influenciou a construção do Direito brasileiro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, afirma que "todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos" (art. I). A Constituição Portuguesa de 1976 inicia com os seguintes dizeres: "Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária". Na Constituição Espanhola de 1978, o art.10 afirma que "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social". A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social" (art. 3º). A Lei Fundamental Alemã de 1949 estabelece, no art. 1º: "A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado".

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 seguiu a mesma linha e positivou a dignidade humana como um dos fundamentos da República.

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 CR/88), para sua verificação, independem de outra concretização que não a qualidade de "pessoa" dos sujeitos dignos de proteção.

Nesse contexto, entende a Procuradoria-Geral da República que as violações descritas na inicial e comprovadas nos autos significam violação grave aos preceitos fundamentais dos arts. 1º, III, e 4º, I, da Constituição de 1988.

A inércia dos Poderes do Estado brasileiro e as interpretações e aplicações que eles têm extraído e implementado acerca da vinculatividade e do conteúdo da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND vs. BRASIL deixam ao desamparo milhares de vítimas diretas e indiretas de atos ilícitos praticados por agentes do Estado brasileiro e seus colaboradores na época da ditadura militar de 1964-1985.

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 conhecida *Untermassverbot* da doutrina publicista, já reconhecida em decisões do Supremo Tribunal Federal). Bem registrou essa Corte no *habeas corpus* 102.087/MG (*sic*):

[...] 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*). [...]²

Em conclusão, está suficientemente comprovada violação aos preceitos fundamentais contidos nos arts.1º, III, 4º, I, e 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República de 1988.

III.2. EFEITO VINCULANTE DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND

O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.³ Posteriormente, nos termos do art. 1º do Decreto 4.463, de 8

²STF. 2ª Turma. HC 102.087/MG. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. Redator para acórdão: Min. GILMAR MENDES. 28/2/2012, maioria. *DJe* 159, 13 ago. 2012, republ. *DJe* 163, 20 ago. 2013.

de novembro de 2002, 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 art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

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

Com efeito, o reconhecimento da autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos por parte do Estado brasileiro cumpre decisão constituinte inscrita no artigo 7º do ADCT: "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos."

Houve, pois, decisão constitucional originária de inserir o Brasil na jurisdição de uma – ou mais – cortes internacionais de direitos humanos, o que constitui vetor interpretativo de conciliação do Direito e da jurisdição internos com o panorama normativo internacional a que o país se submeta, em processo integrativo também previsto nos §§ 2º e 4º do artigo 5º da Constituição.

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, portanto, ser interpretados como se fossem meras edições de normas ordinárias, muito menos como simples exortações graciosas ao Estado brasileiro. Bem ao contrário, tais providências normativas inserem-se no contexto do adimplemento do dever constitucional do Brasil de proteção aos direitos humanos e de integração ao sistema internacional de jurisdição e reclamam compreensão que lhes garanta a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, § 1º, e do art. 4º, inciso II, da lei fundamental brasileira.

Com esse reconhecimento da alta relevância constitucional da matéria subjacente a esta ADPF, resulta do quadro fático descrito *supra* que órgãos judiciais recusam autoridade e eficácia à sentença da Corte IDH e, com isso, confrontam o já transcrito artigo 68(1) da Convenção Americana, norma em pleno vigor no país.

Essa recusa tem sido causada por interpretação parcial da respeitável decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF, a

³⁴Art. 1º. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém."

qual, conforme se apontou, apreciou a constitucionalidade da Lei da Anistia. Os órgãos que têm negado eficácia à sentença no caso GOMES LUND não têm levado em linha de conta que essa lei precisaria igualmente superar o controle de convencionalidade, exercido pela Corte IDH nos limites de sua competência, ao qual o Brasil se submeteu. Nesse exame, contudo, a Lei 6.683/1979 foi considerada inválida e ineficaz, nos termos já expostos.

Não pode o magistrado recusar o cumprimento de norma incorporada ao direito interno (no caso, o artigo 68(1) da Convenção Americana), sem opor-lhe de maneira fundamentada vício de constitucionalidade. Em outras palavras, para que qualquer órgão público possa recusar aplicação ao preceito do art. 68(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, haveria de existir vício constitucional formal ou material nos atos praticados pelas autoridades brasileiras que exerceram, em nome do país, a decisão soberania de ratificar a convenção e, depois, de reconhecer a autoridade da Corte de São José.

Tanto no plano formal, como no substancial, não há mácula a comprometer a constitucionalidade desses atos. O texto da Convenção, assim como o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, foram aprovados de forma regular pelo Congresso Nacional (pelos Decretos Legislativos 27, de 26 de maio de 1992, e 89, de 3 de dezembro de 1998). Ambos foram ratificados internamente pelos Decretos presidenciais 678, de 6 de novembro de 1992, e 4.463, de 8 de novembro de 2002. Portanto, o procedimento fixado constitucionalmente para ratificação do tratado foi fielmente seguido (Constituição Federal, arts. 49, I, e 84, VIII).⁴

No plano material, tampouco se identifica incompatibilidade entre a deliberação presidencial e congressual de reconhecimento da competência da Corte e a Constituição brasileira. 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 a concretização do mandato do artigo 7º do ADCT e tributária do sistema de proteção aos direitos humanos previsto no art. 5º e parágrafos do texto fundamental.

Em realidade, à luz do comando do art. 7º do ADCT, inconstitucionalidade poderia existir se o Estado brasileiro imotivadamente se omitisse em ingressar e participar do sistema interamericano de direitos humanos, que comporta no seu seio a Corte IDH.

Não se pode, portanto, negar força normativa à Convenção Americana relativamente à obrigação de observar e cumprir as decisões da Corte Interamericana.

⁴Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...].”

A esse respeito, acertadamente nota ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:⁵

[...] no sistema judicial interamericano, há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme dispõe expressamente o art. 68.1 da seguinte maneira: os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

No mesmo sentido é a ponderação de FLÁVIA PIOVESAN: “Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento”.⁶ Não há, no particular, afronta alguma à soberania nacional, como aponta MARLON ALBERTO WEICHERT:

[...] é indispensável, antes de tudo, compreender que a adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição obrigatória da CIDH foram atos soberanos e voluntários do Estado brasileiro. [...] foi o Brasil, por suas autoridades constitucionalmente competentes (Presidência da República e Congresso Nacional), que decidiu integrar o sistema interamericano de direitos humanos. Não se identifica nenhuma mácula no processo de ratificação da Convenção, ou de sua aprovação em âmbito interno. Outrossim, nenhum Estado estrangeiro compeliu o País a tomar parte desses atos e organismos internacionais.⁷

É indispensável reconhecer que há diálogo integrativo das competências dos tribunais internacionais de direitos humanos e das cortes internas, consoante bem aponta ANTONIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE:⁸

[...] É certo que os tribunais internacionais de direitos humanos – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não “substituem” os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos.

O caráter vinculante das sentenças da Corte IDH para os Estados que, como o Brasil, aderiram à cláusula facultativa de jurisdição compulsória prevista no art. 62(1) da Convenção Americana, está estabelecido no citado art. 68(1) do mesmo instrumento (artigo 68: “1. Os Estados-partes na

⁵RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 235.

⁶PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 222.

⁷WEICHERT, Marlon Alberto. Proteção penal contra violações aos direitos humanos. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 598-599.

⁸TRINDADE, Antonio Augusto Cañado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412.

Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”).

É correto o entendimento explicitado por ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS e outros acadêmicos, segundo o qual não há conflito entre a decisão do STF na ADPF 153/DF e a da Corte de São José no caso GOMES LUND, uma vez que finalidade essencial de ambos os tribunais é a proteção dos direitos fundamentais. Nessa concepção, “eventuais conflitos são apenas conflitos aparentes, fruto do pluralismo normativo, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica”.⁹

Premissa dessa compreensão é a “aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988”, isso porque “a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais”.¹⁰

A alternativa à teoria da compatibilidade como presunção absoluta é a aceitação da supremacia da Constituição sobre a norma internacional de direitos humanos ou a aceitação da revogação de norma constitucional por estar em contradição com a norma internacional, quando a contradição, se vislumbrada pelo intérprete, é meramente aparente. Fazendo o paralelo com possíveis choques entre normas constitucionais originárias, vê-se que é pacífica a necessidade de conciliação entre dois dispositivos constitucionais aparentemente opostos. O mesmo deve se dar com a aparente oposição entre a norma constitucional e a norma internacional, sob pena de, ao enfatizar a supremacia da Constituição, fixe-se uma interpretação constitucional contrária a proteção internacional de direitos humanos, o que certamente fere o espírito da própria Constituição. Assim, ironicamente, ao se afirmar a supremacia da Constituição, viola-se o seu caráter protetivo de direitos humanos.¹¹

O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil, registra CARVALHO RAMOS em outra obra, é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que aludem a “tratados de direitos humanos”, como os §§ 2º e 3º do art. 5º e o art. 7º do ADCT/1988. Indaga ele: “de que adiantaria a Constituição pregar o respeito a tratados internacionais de direitos humanos se o Brasil continuasse a

⁹RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

¹⁰RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004. p. 127.

¹¹RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004. p. 129-130.

interpretar os direitos humanos neles contidos nacionalmente?”¹²

Em sentido convergente, a Corte Suprema de Justiça argentina, no julgamento sobre as Leis “Ponto Final”¹³ e “Obediência Devida”¹⁴ daquele país, igualmente registrou que “de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional”.¹⁵

Não se trata, pois, de considerar que a Corte IDH exerça papel de quarta ou quinta instância adicional ou sobreposta ao processo interno. Sua missão é distinta: zelar pela observância, por parte dos Estados que integram o sistema interamericano de direitos humanos, das obrigações assumidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outras convenções regionais nesse campo. Nesse plano, todo ato estatal, normativo ou material, de qualquer de seus órgãos ou entes federativos, sujeitar-se-á ao escrutínio da jurisdição internacional, em especial sob o enfoque do controle de convencionalidade.

Não se está aqui tampouco a afirmar que a corte internacional seja hierarquicamente superior aos tribunais internos ou que ela se destine ao papel de órgão de cassação das decisões nacionais. Não é essa a visão pertinente a esta discussão. Ocorre que, como nota ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:¹⁶

Os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. [...] Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio. Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são

¹²RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 355.

¹³Lei 23.492, de 24 de dezembro de 1986. Disponível em < <http://bit.ly/ley23492Arg> > ou < <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm> >; acesso em 26 ago. 2014.

¹⁴Lei 23.521, de 8 de junho de 1987. Disponível em: < <http://bit.ly/ley23521Arg> > ou < <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21746/norma.htm> >; acesso em 26 ago. 2014.

¹⁵Decisão da Corte Suprema da Nação Argentina em “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ homicidio calificado y asociación ilícita y outros – causa nº 259 – 24/8/2004 – Fallos: 327:3312”. *Apud* Corte Suprema de la Nación Argentina. *Delitos de lesa humanidad*. Buenos Aires. Corte Suprema, 2009, p. 172. Disponível em: < <http://bit.ly/juri000j> > ou < <http://www.csjn.gov.ar/data/lesahumanidad.pdf> >; acesso em 27 ago. 2014.

¹⁶TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412.

os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.

Com efeito – prossegue:¹⁷

[...] uma das principais funções da operação dos tratados e instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos reside precisamente em seus efeitos no direito interno. Ainda que voltada à solução de casos individuais de direitos humanos, a aplicação desses tratados e instrumentos tem transcendido as circunstâncias desses casos, por vezes acarretando modificações nas práticas administrativas e leis nacionais. Mesmo que se argumente que a tarefa dos órgãos de supervisão internacional é antes a de remediar violações individuais de direitos humanos do que impugnar leis internas [...], não há como negar que por vezes a própria reparação das violações individuais requer mudanças nas práticas administrativas e leis nacionais. A prática internacional [...] está repleta de casos em que tais mudanças efetivamente ocorreram, consoante as decisões dos órgãos de supervisão internacionais nos casos individuais.

A competência da Corte IDH é sobretudo para proceder a juízo de convencionalidade de atos materiais e normativos dos Estados, ou seja, verificar a compatibilidade desses atos com normas e obrigações internacionais que cada Estado assumiu. Estão sujeitos a esse controle tanto atos administrativos, como legislativos e judiciais, porquanto todos são atos estatais.

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

Na síntese de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:¹⁸

As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada *inter partes*, vinculando as partes em litígio. Entretanto, cabe considerar o efeito de coisa interpretada de um julgado da Corte, pelo qual os órgãos internos devem se orientar pela interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de concretizar a responsabilidade internacional do Estado que representam. Ignorar o efeito de coisa interpretada e enfatizar a vinculação das partes somente em um litígio perante a Corte é atitude, no mínimo, irrealista dos ór-

¹⁷TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Obra citada, p. 429-430.

¹⁸RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 236.

gãos que representam o Estado e que, por isso mesmo, deveriam se preocupar em evitar sua responsabilização internacional.

Essa é a situação trazida na presente ADPF. O Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND a promover a persecução penal de graves violações a direitos humanos na Guerrilha do Araguaia, com desconsideração de óbices relativos, entre outros, a anistia, prescrição e coisa julgada.

Essa decisão é vinculante e de observância obrigatória para **todos** os órgãos do Estado, inclusive Ministério Público, polícia criminal e Poder Judiciário, por decorrência da ratificação e promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do respectivo ato de reconhecimento da competência da Corte – em obediência a mandado constitucional específico.

Não obstante esse dever de respeito por parte de todos os órgãos estatais ao decidido pela Corte IDH, comprovou-se que em diversas decisões ações propostas pelo Ministério Público Federal – em casos relacionados diretamente à Guerrilha do Araguaia e também em outros de possível grave violação a direitos humanos – juízes e tribunais federais (a) recusam efeito vinculante à sentença internacional e (b) impedem o prosseguimento da persecução penal por fundamentos de anistia, prescrição e coisa julgada.

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

Descabe alegar que a independência do Judiciário o eximiria do dever de observar a decisão da Corte IDH. Sob o ângulo do direito internacional, o magistrado é órgão do Estado, e a decisão internacional a ele também se aplica.

Ponto relevante desta ADPF é que a própria Constituição brasileira, se interpretada segundo a premissa de que os sistemas interno e internacional de proteção aos direitos humanos devem ser compatibilizados, confere plena força vinculante à sentença do caso GOMES LUND, inclusive no que se refere à interpretação judicial da Lei 6.683/1979.

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

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

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

Na perspectiva do direito internacional, é irrelevante que os obstáculos opostos à aplicação da lei penal sejam estabelecidos pelo Poder Judiciário do Estado-parte, pois, para o direito aplicável, o ato judicial é fato que, como outros emanados dos órgãos nacionais legislativos e executivos, expressa a vontade do Estado no sentido de cumprir (ou não) as sentenças emanadas dos tribunais internacionais competentes a que o Estado se haja voluntariamente submetido.

Não é admissível que, tendo o Brasil se submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por ato de vontade soberana regularmente incorporado a seu ordenamento jurídico, e se comprometido a cumprir as decisões dela (por todos os seus órgãos, repita-se), despreze a validade e a eficácia da sentença em questão. Isso significaria flagrante descumprimento dos compromissos internacionais do país e do mandado constitucional de aceitação da jurisdição do tribunal internacional.

Responsabilização internacional de Estado por violação de direitos humanos originada de ato judicial pode ocorrer em duas hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente (no caso de ausência de remédio judicial) ou quando a decisão judicial é tida, no mérito, como violadora de direito protegido:

Na hipótese de decisão tardia, argumenta-se que a delonga impede que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz. A doutrina consagrou o termo denegação de justiça (ou “*déni de justice*”) que engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, o que ocorre, por exemplo, na delonga na prolação do provimento judicial devido ou mesmo na inexistência de tribunais.¹⁹

¹⁹RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004. p. 175-176.

Na situação objeto desta ADPF, em razão da pacífica jurisprudência da Corte IDH inaugurada no caso *VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS*,²⁰ o Estado brasileiro pode ser responsabilizado pela omissão em punir, o que caracterizaria a denegação de justiça, com o nascimento de sua responsabilização internacional.

No caso *GOIBURÚ E OUTROS vs. PARAGUAI* (2006), a propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos delineou a possibilidade de controle jurisdicional de convencionalidade da proteção penal insuficiente conferida a certos direitos, ao julgar que o Código Penal paraguaio não tipificava adequadamente as condutas de “desaparecimento forçado” e “tortura”:²¹

[...] o Tribunal considera que, embora os tipos penais vigentes no Código Penal paraguaio sobre tortura e “desaparecimento forçado” permitiriam a penalização de certas condutas que constituem atos dessa natureza, uma análise deles permite observar que o Estado as tipificou de maneira menos abrangente do que a norma internacional aplicável. O Direito Internacional estabelece padrão mínimo acerca da correta tipificação dessa classe de condutas e os elementos mínimos que ela deve observar, no entendimento de que a persecução penal é uma via fundamental para prevenir futuras violações de direitos humanos. Quer dizer que os Estados podem adotar maior severidade no tipo específico para o fim de melhor persecução penal desses delitos, em função do que considerem maior ou melhor tutela dos bens jurídicos protegidos, com a condição de que, ao fazê-lo, não vulnerarem essas outras normas às quais es-

²⁰Sentenças de 26 de junho de 1987 (sobre exceções preliminares), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodri> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf >, de 29 de julho de 1988 (sobre o mérito), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodriF> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf >, e de 21 de julho de 1989 (sobre indenização e custas), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodri89> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf >, acesso em 27 ago. 2014.

²¹Sentença de 22/9/2006, p. 63. Disponível em: < <http://bit.ly/CIDHGoiburu> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf >; acesso em 26 ago. 2014. No original em espanhol:

“[...] el Tribunal considera que si bien los tipos penales vigentes en el Código Penal paraguayo sobre tortura y ‘desaparición forzosa’ permitirían la penalización de ciertas conductas que constituyen actos de esa naturaleza, un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar.”

tão obrigados. Ademais, a subtração de elementos que se consideram irreduzíveis na fórmula persecutória estabelecida em nível internacional, assim como a introdução de modalidades que lhe diminuam sentido ou eficácia, podem levar à impunidade de condutas que os Estados estão obrigados sob o Direito Internacional a prevenir, erradicar e sancionar.

Como bem aponta JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES:

Dessa forma, os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, não podem ignorar preceitos de Direito Internacional em decisões que repercutem na esfera internacional e que, por isso, podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado e da própria pessoa responsável pela decisão. Afinal, o Juiz é o Estado e atua em seu nome, sobretudo quando decide questões que interfiram com a ordem internacional de observância compulsória, como as que dizem respeito aos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade.²²

Em segundo lugar, porque a corte internacional não está a determinar como se deva dar a apreciação de provas ou a interpretação de fatos. Apenas definiu que determinadas normas do direito interno, por sua incompatibilidade com a Convenção Americana, não podem ser aplicadas na persecução penal de autores de graves violações aos direitos humanos e de desaparecimentos forçados.

Trata-se de juízo semelhante, mas não equivalente, ao controle de constitucionalidade. A Corte IDH tem competência para declarar a existência de violações à Convenção Americana e, por conseguinte, de determinar que os órgãos estatais se abstenham de praticar atos concretos que desafiem sua interpretação sobre esse instrumento internacional. Nesse controle, pode afastar a aplicação de atos estatais, inclusive normativos, para garantir a proteção de direitos humanos.

Esse aspecto ajudar a reforçar a diferença de extensão entre a decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF e a sentença internacional no caso GOMES LUND. Enquanto naquela a decisão foi pela constitucionalidade da anistia a agentes estatais, em quaisquer crimes, a sentença da Corte IDH é de abrangência mais limitada: considerou a invalidade da anistia apenas nos casos de graves violações a direitos humanos e especialmente no de desaparecimentos forçados. A Corte de São José, portanto, não reviu a decisão do STF (até porque lhe falta competência a tanto), mas apontou que para garantir proteção judicial de vítimas de graves violações a

²²MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 16-17.

direitos humanos, são inaplicáveis determinadas normas internas, entre elas preceitos de anistia, prescrição e coisa julgada. Nos demais casos, permanece de aplicação exclusiva o acórdão prolatado na ADPF 153/DF e demais óbices normativos existentes à responsabilização criminal.

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

Nesse caso, o repúdio à obrigação fixada no artigo 68(1) da Convenção e sua potencial declaração de inconstitucionalidade deveriam conduzir à denúncia integral da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pelo Estado brasileiro, porquanto esse ato internacional se submete (art. 75 da convenção) às regras do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (promulgada pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009). Este determina que a denúncia ou retirada de tratado somente se pode dar de modo integral, salvo previsão específica no próprio texto (a qual inexistente no caso da Convenção Americana).²³

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

Longe de considerar essa hipótese como cenário real – por si só de duvidosa constitucionalidade e de gravíssima repercussão no relacionamento internacional do País –, essa referência convida à necessidade de interpretação harmoniosa entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, conciliando competências, jurisdições e paradigmas normativos.

Precisamente para evitar responsabilização internacional do Estado brasileiro, expondo-o a sanções e alçando-o à posição de inadimplente perante o sistema interamericano de proteção a direitos humanos, impõe-se adotar hermenêutica voltada à compatibilização entre o direito interno e o direito internacional.

O Brasil não é o único Estado do continente onde atrocidades foram cometidas contra dissidentes do regime, tampouco o único a ser condenado a promover a persecução penal de desaparecimentos forçados, execuções sumárias e outras condutas que, já na época, eram tipificadas como crimes nos respectivos ordenamentos internos.

²³WEICHERT, Marlon Alberto. Proteção penal contra violações aos direitos humanos. In: MEYER, Emílio Peluso Neder; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Justiça de Transição nos 25 anos da Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014. p. 600.

Como salientou a Corte IDH nos parágrafos 148 e 149 da sentença GOMES LUND:

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

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

Não se diga, por fim, que a Corte IDH carece de jurisdição sobre fatos anteriores a dezembro de 1998, data da publicação do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, que reconheceu a competência contenciosa da corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É que, consoante a jurisprudência da própria Corte IDH, intérprete autorizada de seus próprios atos, as violações de direitos fundamentais objeto da sentença do caso GOMES LUND não dizem diretamente respeito a atos atentatórios à vida, à integridade física e à liberdade dos mortos e desaparecidos políticos, perpetrados nas décadas de 1970 e 1980, mas à omissão estatal em buscar o paradeiro dos desaparecidos e em investigar e promover a responsabilização penal dos agentes estatais envolvidos em graves violações a direitos humanos cometidas durante a ditadura militar. Essa omissão possui caráter permanente e prolonga-se até a presente data, motivo pelo qual a Corte IDH possui plena competência para decidir a respeito dos efeitos presentes da Lei 6.683/1979 e da omissão estatal em promover a persecução penal dos

crimes cometidos no período, inclusive os de caráter instantâneo, quando imprescritíveis.

III.3. "CRIMES DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS"

Uma vez que não existe, no sistema jurídico brasileiro, a categoria "crimes de graves violações de direitos humanos", supõe-se que a pretensão do arguente se volte contra condutas que, ao tempo da ação, eram tipificadas como criminosas, e simultaneamente, sejam consideradas "graves violações a direitos humanos" para fins de incidência dos pontos resolutivos 3 e 9 da sentença do caso GOMES LUND. Como já referido, o ponto 3 da sentença contém decisão de natureza declaratória, formulada nos seguintes termos:

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

A tutela declaratória (de efeitos *erga omnes*), como se vê, não alcança todas as causas de extinção da punibilidade que possam vir a incidir sobre as "graves violações de direitos humanos" ocorridas em território brasileiro durante o regime militar, mas tão somente sobre aquela prevista na primeira parte do art. 107, inciso II, do atual Código Penal, isto é, a anistia. A referência a outras hipóteses de exclusão da punibilidade estatal – "prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar" – é feita na tutela mandamental específica, dirigida à apuração do desaparecimento forçado e/ou da execução extrajudicial das vítimas indicadas nos parágrafos 251 e 252 da decisão. A jurisprudência da Corte IDH, contudo, desde o julgamento BARRIOS ALTOS vs. PERU (2001), é uniforme no sentido de afirmar que "são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias extralegais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos".

No caso, importa definir quais condutas típicas alcançadas pela Lei da Anistia devem ser consideradas "graves violações de direitos humanos" para o fim de determinar o (re)início da persecução penal. Convém notar que o termo "graves

violações de direitos humanos” é plurívoco e reconhecidamente pouco operativo para definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal. É também fator de insegurança jurídica, uma vez que não fixa, com a certeza exigida pelos ordenamentos de tradição continental, quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais e, dentre estas, quais constituem violação de direitos humanos suficientemente grave para afastar a incidência da prescrição, da anistia e de outras causas de exclusão da punibilidade usualmente reconhecidas nesses ordenamentos. O problema, observa NAOMI ROHT-ARRIAZA, é que “a linguagem usada em alguns casos... parece ignorar distinções e gradações, tanto em intensidade como em escopo, entre violações de direitos humanos. Assim, literalmente qualquer violação a direitos humanos reconhecida em tratado ou costume... estaria sujeita às obrigações de investigar, promover a ação penal e reparar o dano.”²⁴

A decisão da Corte IDH no mencionado caso BARRIOS ALTOS (2001) completa a sentença de VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ (1988),²⁵ na qual, pela primeira vez, aquele tribunal reconheceu o dever dos Estados-membros do sistema interamericano de investigar e punir graves violações a direitos humanos. Em ambos os casos, tratava-se de garantir a responsabilização de militares envolvidos na tortura e execução sumária de dissidentes políticos, e a Corte nitidamente optou por não definir de forma taxativa nem os crimes que merecem punição (pois o rol apresentado é exemplificativo), nem as causas de exclusão da punibilidade inadmitidas pelo sistema. Em BARRIOS ALTOS, o critério para afastar as causas de extinção da punibilidade (aparentemente qualquer uma, com exceção da morte do agente) parece ter sido apenas a natureza não derogável do direito humano violado .

Em PROSECUTOR VS. TADIĆ (1995), o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu o seguinte padrão interpretativo (*standard*), usualmente citado como critério definidor do que deve entender-se como “grave ofensa” do ponto de vista do Direito Penal Internacional: a) a violação deve constituir ofensa a regra de direito humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “grave”, isto é, deve constituir quebra da regra de proteção a valores importantes e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, responsabilidade criminal individual do agressor.

A referência à responsabilização criminal individual do agressor, pelo Direito Internacional, costumeiro ou convencional, aponta para a sinonímia entre os conceitos de “graves violações de direitos humanos” e crimes de lesa-

²⁴ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 67.

²⁵Vide referência na nota 44.

humanidade para fins de definição do objeto da persecução penal estabelecida na sentença do caso GOMES LUND. É o que, aliás, tem sido adotado no Ministério Público Federal, como se verifica do teor das nove denúncias até agora ajuizadas: em todas elas houve referência ao contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil em que os crimes foram praticados e a classificação dos fatos como delitos de lesa-humanidade.

Dessa maneira, o pressuposto de não incidência dos dispositivos de anistia às graves violações a direitos humanos cometidas no contexto da repressão política do Estado ditatorial é a existência de fato típico antijurídico, definido como tal por norma válida anterior, e que constitua simultaneamente, na perspectiva do Direito Internacional costumeiro cogente ou do direito dos tratados, delito de lesa-humanidade (ou a ele conexo) e, desse modo, insuscetível de anistia.

III.4. O CARÁTER DE LESA-HUMANIDADE DE CRIMES COMETIDOS POR AGENTES DA DITADURA BRASILEIRA DE 1964

As atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal, consignadas no relatório que está na peça 14,²⁶ juntado pelo requerente, confirmam o que há muito constitui fato notório no que se refere à história do período: os métodos empregados na repressão aos opositores do regime militar exorbitaram a própria legalidade autoritária instaurada pelo golpe de 1964. Isso ocorreu, entre outros motivos, porque o objetivo primário do sistema não era a produção de provas válidas para serem usadas em processos judiciais, como seria de esperar, mas o desmantelamento, a qualquer custo, independentemente das regras jurídicas aplicáveis, das organizações de oposição, especialmente as envolvidas em ações de resistência armada.

Não se pretende estabelecer nesta manifestação discussão acerca da legitimidade dos métodos empregados pelos opositores do regime autoritário no período pós-1964. O que se aponta é que ao Estado cabia resistir às ações que reputasse ilegítimas nos termos da lei. Foram as ações à margem da lei dos agentes estatais que resultaram no cometimento de crimes de lesa-humanidade, de graves violações a direitos humanos, objeto da sentença da Corte IDH, objeto deste processo.

Nesses termos, o respeito às garantias mais fundamentais das pessoas suspeitas ou presas era frequentemente letra morta para os agentes públicos envolvidos na repressão política. Como era notório e foi atestado nos últimos meses por novas provas obtidas pelo Ministério Público Federal, a

²⁶*Grupo de Trabalho Justiça de Transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal – 2011-2013.* Também disponível em < <http://bit.ly/mpf00014> > ou < <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf> >, acesso em 26 ago. 2014.

prática de invasões de domicílio, sequestros e tortura não era estranha ao sistema. Ao contrário, tais ações faziam parte do método regular de obtenção de informações empregado por órgãos como o Centro de Informações do Exército (CIE) e os Destacamentos de Operações de Informações (DOIs).

Além disso, a partir dos desaparecimentos 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, verificou-se cometimento sistemático do crime internacionalmente conhecido como desaparecimento forçado. Tal delito consiste na privação da liberdade de pessoa, praticada por agentes do Estado, seguida da falta de informação ou da recusa em reconhecer tal privação da liberdade ou em informar sobre o paradeiro da vítima. Este crime foi cometido contra ao menos 150 desaparecidos políticos,²⁷ reconhecidos como tais pela Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995,²⁸ e pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos.

Sem prejuízo das considerações acerca da estrutura e funcionamento dos organismos da repressão política lançadas nas nove ações penais já ajuizadas, importa enfatizar que torturas, mortes e desaparecimentos não eram acontecimentos isolados no quadro da repressão política, mas a parte mais violenta e clandestina de um sistema organizado para suprimir a oposição ao regime, não raro mediante ações criminosas cometidas e acobertadas por agentes do Estado.

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

A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro internacional,²⁹ que definem como tais

²⁷Cf. 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 25 ago. 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.

²⁸De acordo com sua ementa, a Lei 9.140/1995 “reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências”.

²⁹Como se sabe, o costume é fonte de Direito Internacional e, nos termos do art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (promulgada no país pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009) possui força normativa vinculante mesmo para Estados que não tenham participado da formação do tratado que reproduza regra consuetudinária. Estabelece o dispositivo:

“Artigo 38 Regras de um Tratado Tornadas Obrigatórias para Terceiros Estados por Força do Costume Internacional.

Nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros Estados como regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal.”

desaparecimentos forçados, execuções sumárias de pessoas (também conhecidas internacionalmente como execuções extrajudiciais), tortura e outros delitos cometidos no contexto de ataque sistemático ou generalizado a população civil. Como uma das consequências do reconhecimento desses delitos, devem eles ser submetidos à jurisdição universal e declarados insuscetíveis de anistia e prescrição.

A reprovação jurídica internacional a tais condutas e a imprescritibilidade da ação penal a elas correspondente está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945);³⁰ b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945);³¹ c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950);³²

³⁰ *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*. Londres, 8 ago. 1945. Disponível em: < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> >, acesso em 27 ago. 2014. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, no art. 6(c): “nomeadamente, homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas na execução de ou em conexão com qualquer crime sujeito à jurisdição do Tribunal, estejam ou não em violação ao direito interno do país onde hajam sido perpetrados” (no original: “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”).

³¹ *Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Control Council Law No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, art. II. Disponível em: < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp> >, acesso em 27 ago. 2014. Segundo o documento: “1. Cada um dos seguintes atos é reconhecido como crime: [...] (c) Crimes contra a Humanidade. Atrocidades e crimes, incluindo mas não se limitando a homicídio, extermínio, escravidão, deportação, prisão, tortura, estupro e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, ou perseguição baseada em razões políticas, raciais ou religiosas, estejam ou não em violação ao direito interno do país onde hajam sido perpetrados. [...]”.

No original: “1. Each of the following acts is recognized as a crime: [...] (c) 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. [...]”.

³² 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://bit.ly/juri0001> > ou < https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht5/Materialien/Nuremberg_Principles.pdf >, acesso em 27 ago. 2014.

“Princípio VI – Os crimes doravante estabelecidos são puníveis como crimes segundo o Direito Internacional: (a) Crimes contra a paz: [...]. (b) Crimes de guerra: [...]. (c) Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos sejam praticados ou tais perseguições sejam cometidas na execução de ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra. [...] 122. O Tribunal, contudo, não excluiu a possibilidade de que crimes contra a humanidade sejam cometidos também antes de uma guerra. 123. Em sua definição de crimes contra a humanidade, a Comissão omitiu a expressão ‘antes ou durante a guerra’ contida no artigo 6 (c) da Carta do Tribunal de Nuremberg porque essa expressão se referia a uma guerra em particular, a guerra de 1939. A

d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954);³³ e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966);³⁴ f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966);³⁵ g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967);³⁶ h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969);³⁷ i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970);³⁸ j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971);³⁹ k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e

omissão da expressão não significa que a Comissão considere que crimes contra a humanidade possam ser cometidos apenas durante uma guerra. Ao contrário, a Comissão é de opinião que tais crimes podem ter lugar também antes de uma guerra em conexão com crimes contra a paz. 124. De acordo com o artigo 6 (c) da Carta, a formulação acima caracteriza como crimes contra a humanidade homicídio, extermínio, escravidão etc., cometidos contra ‘qualquer’ população civil. Isso significa que esses atos podem ser crimes contra a humanidade mesmo se forem cometidos pelo agente contra sua própria população.”

No original: “Principle VI – 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. [...] 122. The Tribunal did not, however, thereby exclude the possibility that crimes against humanity might be committed also before a war. 123. 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. 124. In accordance with article 6 (c) of the Charter, the above formulation characterizes as crimes against humanity murder, extermination, enslavement, etc., committed against ‘any’ civilian population. This means that these acts may be crimes against humanity even if they are committed by the perpetrator against his own population.”

O histórico completo dos trabalhos da Comissão está disponível em < http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_3.htm >. Sobre o assunto, observa ANTONIO CASSESSE (*International Criminal Law*. Oxford/NewYork: Oxford University Press, 2008. p. 108) que o vínculo entre crimes contra a humanidade e os crimes contra a guerra e contra a paz 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”).

³³*Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693)*. Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em < <http://bit.ly/un000A> > ou < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf >, acesso em 27 ago. 2014. Diz o comentário: “Comentário – O texto anteriormente aprovado pela Comissão dizia o que se segue: [...]. Este texto correspondia em substância ao artigo 6, parágrafo (c), da Carta do Tribunal Militar Internacional em Nuremberg. Era, contudo, mais amplo em escopo do que dito parágrafo em dois aspectos: proibia também atos desumanos cometidos por motivos culturais e, ademais, caracterizava como crimes sob o Direito Internacional não apenas atos desumanos cometidos em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra, conforme definidos naquela Carta, mas também tais atos cometidos em conexão com todas as outras infrações definidas no artigo 2 do anteprojeto de Código.

A Comissão decidiu alargar o escopo do parágrafo de forma a tornar a punição dos atos enumerados no parágrafo independente de eles serem ou não cometidos em conexão com outras infrações definidas no anteprojeto de Código. Por outro lado, a fim de não caracterizar qualquer ato desumano cometido por um

crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).⁴⁰

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade (1968),⁴¹ a imprescritibilidade estende-se aos “crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946”. Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da

indivíduo privado como crime internacional, achou-se necessário dispor que tal ato constitui crime internacional apenas se cometido pelo indivíduo privado por instigação ou com a tolerância das autoridades de um Estado.”

No original: “*Comment* – The text previously adopted by the Commission read as follows: [...]. This text corresponded in substance to article 6, paragraph (c), of the Charter of the International Military Tribunal at Nürnberg. 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.”

³⁴Disponível em < <http://bit.ly/un000B> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. O artigo 3 da Resolução condena, como crime contra a humanidade, a política colonial do governo português, a qual “viola os direitos econômicos e políticos da população indígena por meio do assentamento de imigrantes estrangeiros nos territórios e da exportação de trabalhadores africanos para a África do Sul”.

³⁵Disponível em < <http://bit.ly/un000B> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. O artigo 1 da resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como crime contra a humanidade.

³⁶Disponível em < <http://bit.ly/un000D> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução “reconhece ser necessário e oportuno afirmar no direito internacional, por meio de uma convenção, 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 seja tomada que possa ser prejudicial aos objetivos e propósitos de uma convenção sobre a inaplicabilidade de limitações legais a [persecução de] crimes de guerra e crimes contra a humanidade, na pendência da aprovação de uma convenção [sobre o assunto] pela Assembleia Geral”.

³⁷Disponível em < <http://bit.ly/un000G> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/24/ares24.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução convoca todos os Estados da comunidade internacional a adotar as medidas necessárias à completa investigação de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, conforme definidos no art. I da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, bem como à identificação, 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.

³⁸Disponível em < <http://bit.ly/un000J> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução lamenta que numerosas decisões aprovadas pelas Nações Unidas sobre a questão da punição de criminosos de guerra e de pessoas que cometeram crimes contra a humanidade ainda não estavam sendo totalmente cumpridas pelos Estados e expressa profunda preocupação com o fato de que, nas condições atuais, como resultado de guerras de agressão e políticas e práticas de racismo, apartheid,

década de 1950 e das resoluções de sua Assembleia Geral em meados dos anos 1960, crescente tendência de dispensar o elemento contextual “guerra” na definição dos crimes contra a humanidade.

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

Um dos primeiros registros internacionais desse *nomen juris* está na Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas.⁴² A resolução, editada um ano antes da lei brasileira de anistia, convoca os Estados a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

É desnecessário dizer que, à parte iniciativas isoladas do próprio Ministério Público Federal na região de Marabá (PA) e malgrado as recomendações internacionais dirigidas ao Estado brasileiro desde meados da década de 1970, nenhuma investigação efetiva a respeito dos desaparecimentos forçados cometidos durante o regime de exceção fora feita até a sentença da Corte IDH no caso GOMES LUND (“GUERRILHA DO

colonialismo e outras ideologias e práticas similares, crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam sendo cometidos em várias partes do mundo. A resolução também convoca os Estados que ainda não tenham aderido à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade a observar estritamente as provisões da Resolução 2583 da Assembleia Geral da ONU.

³⁹Disponível em < <http://bit.ly/un000L> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/26/ares26.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução reproduz os termos da Resolução 2712.

⁴⁰ONU. Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão, Extradicação e Punição de Pessoas Culpadas por Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade. Aprovados pela Resolução 3074 da Assembleia Geral em 3 de dezembro de 1973. Estabelece o Princípio 1: “Crimes de guerra e crimes contra a humanidade, onde quer que sejam cometidos, devem estar sujeitos a investigação, e as pessoas contra as quais haja prova de que tenham cometido tais crimes devem estar sujeitas a localização, prisão, julgamento e, se julgadas culpadas, a punição.” No original: “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://bit.ly/un000M> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm> >, acesso em 27 ago. 2014.

⁴¹Aprovada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução 2391 (XXIII), de 26 de novembro de 1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11 de novembro de 1970. Disponível em < <http://bit.ly/CLWCrimes> > ou < <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/warcrimes.pdf> >, acesso em 27 ago. 2014.

⁴²Disponível em < <http://bit.ly/UNRes33-173> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r173.pdf> >, acesso em 27 ago. 2014.

ARAGUAIA”) vs. BRASIL. Isso não significa, obviamente, que as condutas antijurídicas cometidas por agentes estatais durante o regime militar sejam indiferentes para o Direito Penal Internacional. Sem dúvida não o são, como se depreende dos documentos oficiais acima referidos.

No panorama do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, a Corte IDH, desde o precedente VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS, de 1989,⁴³ vem repetidamente afirmando a incompatibilidade entre as garantias previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as regras de direito interno que excluem a punibilidade dos desaparecimentos forçados:

150. O fenômeno dos desaparecimentos constitui uma forma complexa de violação dos direitos humanos que deve ser compreendida e encarada de maneira integral.

153. Embora não exista nenhum texto convencional em vigor, aplicável aos Estados Partes da Convenção, que empregue essa qualificação, a doutrina e a prática internacionais qualificaram muitas vezes os desaparecimentos como um delito contra a humanidade (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, pp. 369, 687 y 1103). A Assembleia da OEA afirmou que “é uma afronta à consciência do Hemisfério e constitui um crime de lesa-humanidade” (AG/RES.666, *supra*).⁴⁴

Igual entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados da Corte IDH: BLAKE vs. GUATEMALA;⁴⁵ BARRIOS ALTOS vs. PERU;⁴⁶ BAMAÇA VELÁSQUEZ vs. GUATEMALA;⁴⁷ TRUJILLO OROZA vs. BOLÍVIA;⁴⁸ IRMÃS SERRANO CRUZ vs. EL SALVADOR;⁴⁹ MASSACRE DE MAPIRIPÁN vs. COLÔMBIA;⁵⁰ GOIBURÚ vs. PARAGUAI;⁵¹ LA CANTUTA vs.

⁴³Vide referências na nota 44.

⁴⁴VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, p. 31-32. Vide referências na nota 44. No original:

“150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral. [...]”

153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, pp. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que ‘es una afronta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad’ (AG/RES.666, *supra*).”

⁴⁵BLAKE vs. GUATEMALA. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C Nº 27.

⁴⁶BARRIOS ALTOS vs. PERU. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 109.

⁴⁷BAMAÇA VELÁSQUEZ vs. GUATEMALA. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91.

⁴⁸TRUJILLO OROZA vs. BOLÍVIA. Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C Nº 92.

⁴⁹IRMÃS SERRANO CRUZ vs. EL SALVADOR. Exceções Preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118.

⁵⁰CASO DO MASSACRE DE MAPIRIPÁN vs. COLÔMBIA. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134.

⁵¹CASO GOIBURÚ Y OTROS vs. PARAGUAY. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C, Nº 153.

PERU;⁵² RADILLA PACHECO vs. MÉXICO⁵³ e IBSEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA vs. BOLÍVIA.⁵⁴

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH finalmente deliberou sobre caso envolvendo 62 dissidentes políticos brasileiros desaparecidos entre 1973 e 1974 no sul do Pará, no chamado episódio da "Guerrilha do Araguaia". A sentença do caso GOMES LUND vs. BRASIL⁵⁵ é cristalina quanto ao dever cogente do Estado brasileiro de promover investigação e responsabilização criminal dos autores desses desaparecimentos. Tendo em vista a relevância desse *decisum* para este processo, reproduzem-se abaixo alguns trechos:

137. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir aos responsáveis há muito alcançaram o caráter de jus cogens.
[...]

140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana.
[...].

141. A obrigação de investigar e, se for o caso, punir as graves violações de direitos humanos foi afirmada por todos os órgãos dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos.
[...]

147. As anistias ou figuras análogas foram um dos obstáculos alegados por alguns Estados para investigar e, quando fosse o caso, punir os responsáveis por violações graves aos direitos humanos. Este Tribunal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, os órgãos das Nações Unidas e outros organismos universais e regionais de proteção dos direitos humanos pronunciaram-se sobre a incompatibilidade das leis de anistia, relativas a graves violações de direitos humanos com o Direito Internacional e as obrigações internacionais dos Estados.

⁵²LA CANTUTA VERSUS PERU. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162

⁵³RADILLA PACHECO vs. MÉXICO. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C Nº 209.

⁵⁴IBSEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA vs. BOLÍVIA. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1o de setembro de 2010. Série C Nº 217.

⁵⁵GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA) vs. BRASIL, citado.

[...]

163. Do mesmo modo, diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, incorporaram os parâmetros mencionados, observando de boa-fé suas obrigações internacionais. A Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina resolveu, no Caso Simón, declarar sem efeitos as leis de anistia que constituíam neste país um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações dos direitos humanos [...]

164. No Chile, a Corte Suprema de Justiça concluiu que as anistias a respeito de desaparecimentos forçados, abrangeriam somente um determinado tempo e não todo o lapso de duração do desaparecimento forçado ou seus efeitos [...].

165. Recentemente, a mesma Corte Suprema de Justiça do Chile, no caso *LECAROS CARRASCO*, anulou a sentença absolutória anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei No. 2.191, de 1978, por meio de uma sentença de substituição, nos seguintes termos: “[O] delito de sequestro [...] tem o caráter de crime contra a humanidade e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal.

166. Por outro lado, o Tribunal Constitucional do Peru, no Caso de *SANTIAGO MARTÍN RIVAS*, ao resolver um recurso extraordinário e um recurso de agravo constitucional, precisou o alcance das obrigações do Estado nesta matéria: [O] Tribunal Constitucional considera que a obrigação do Estado de investigar os fatos e sancionar os responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos não somente compreende a nulidade daqueles processos a que houvessem sido aplicadas as leis de anistia [...], após ter-se declarado que essas leis não têm efeitos jurídicos, mas também toda prática destinada a impedir a investigação e punição pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal. [...]

167. No mesmo sentido, pronunciou-se recentemente a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, a respeito da Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado nesse país (...).

168. Finalmente, a Corte Constitucional da Colômbia, em diversos casos, levou em conta as obrigações internacionais em casos de graves violações de direitos humanos e o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia (...).

169. Igualmente, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia salientou que “as normas relativas aos [d]ireitos [h]umanos fazem parte do grande grupo de disposições

de Direito Internacional Geral, reconhecidas como normas de [j]us cogens, razão pela qual aquelas são inderrogáveis, imperativas [...] e indisponíveis”. A Corte Suprema da Colômbia lembrou que a jurisprudência e as recomendações dos organismos internacionais sobre direitos humanos devem servir de critério preferencial de interpretação, tanto na justiça constitucional como na ordinária e citou a jurisprudência deste Tribunal a respeito da não aceitabilidade das disposições de anistia para casos de violações graves de direitos humanos.

170. Como se depreende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e 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”.

No direito comparado, além dos precedentes referidos na sentença do caso GOMES LUND, as cortes constitucionais da

Argentina (casos ARANCIBIA CLAVEL⁵⁶ e VIDELA⁵⁷), do Chile⁵⁸ e do Peru⁵⁹ (caso GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE, também de 2004⁶⁰) reconhecem o caráter de lesa-humanidade do desaparecimento forçado de pessoas e extraem dessa conclusão os efeitos jurídico-penais dela decorrentes, notadamente a vedação à anistia e à prescrição.

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão

⁵⁶Decisão da Corte Suprema da Nação Argentina em “ARANCIBIA CLAVEL, ENRIQUE LAUTARO s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros. *Vide* referência completa na nota 39, p. 158. Diz o acórdão: “[...] a ratificação em anos recentes da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas por parte de nosso país somente significou a reafirmação por via convencional do caráter de lesa-humanidade postulado desde antes para essa prática estatal, visto que a evolução do Direito Internacional a partir da Segunda Guerra Mundial permite afirmar que para a época dos fatos imputados o Direito Internacional dos direitos humanos já condenava o desaparecimento forçado de pessoas como crime de lesa-humanidade. [...]”.

No original: “[...] 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. [...]”.

⁵⁷No julgamento do recurso do ex-Presidente JORGE RAFAEL VIDELA, afirmou a Corte Suprema de Justiça da Nação argentina: “[...] é necessário enfatizar e reiterar neste acórdão que é já doutrina pacífica desta Câmara a afirmação de que os crimes contra a humanidade não estão sujeitos a prazo algum de prescrição, conforme a direta vigência em nosso sistema jurídico das normas que o direito das gentes elaborou em torno desses crimes, que nosso sistema jurídico recepciona diretamente, por meio do art. 118 da Constituição Nacional [...]”.

No original: “[...] es necesario recalcar y reiterar en esta resolución, 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 [...]”. Corte Suprema de Justiça da Nação. Causa 33714 “VIDELA, JORGE R. s/procesamiento”. Juzgado 7, Secretaría 14, Sala I, Reg. 489. 23/5/2002.

⁵⁸No Chile, no caso VILA GRIMALDI/OCHO DE VALPARAÍSO, a Corte de Apelações de Santiago igualmente afastou a ocorrência da prescrição: “[...] cabe acrescentar que a prescrição, como se disse, foi estabelecida, mais do que por motivos dogmáticos, por motivos políticos, como uma forma de alcançar a paz social e a segurança jurídica. Porém, no Direito Internacional Penal, considerou-se que essa paz social e essa segurança jurídica são mais facilmente alcançáveis se se prescinde da prescrição, quando menos a respeito dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. [...]”

No original: “[...] procede 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. [...]” Processo 2.182-98, “VILLA GRIMALDI” (“MARCELO SALINAS EYTEL”). Ministro ALEJANDRO SOLÍS MUÑOZ, 17/4/2008.

⁵⁹No Peru, no julgamento do caso MONTROYA, o Tribunal Constitucional alinhou-se com o conceito de “graves violações a direitos humanos” e estendeu sobre elas o manto da imprescritibilidade: “36. É assim que, com razão justificada e suficiente, ante os crimes de lesa-humanidade configurou-se um Direito Penal *além do tempo e do espaço*. Com efeito, trata-se de crimes que se devem encontrar submetidos a uma estrutura

do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND vs. BRASIL.

Valem referência, ainda, os motivos apresentados no parecer da Procuradoria-Geral da República no pedido de prisão preventiva para fins de extradição 696, no que se refere à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade:

A pretensão punitiva não está prescrita nem Argentina nem no Brasil. Na Argentina, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados sob o regime autoritário foi afirmada pela Corte Suprema no caso ENRIQUE LAUTARO ARANCIBIA CLAVEL, julgado em 24.08.2004. O tribunal argentino entendeu que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de que a Argentina é parte, não

persecutória e condenatória que guarde linha de proporcionalidade com a gravidade do dano gerado a uma soma de bens jurídicos de singular importância para a humanidade *in toto*. E por isso se trata de crimes *imprescritíveis* e submetidos ao princípio de *jurisdição universal*. [...] 41. [...] Embora seja certo que os crimes de lesa-humanidade sejam imprescritíveis, isso não significa que apenas essa classe de grave violação dos direitos humanos o seja, pois, bem entendidas as coisas, *toda grave violação dos direitos humanos resulta imprescritível*. Esta é uma interpretação que deriva, fundamentalmente, da força vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da interpretação que dela realiza a Corte IDH, as quais são obrigatórias para todo o poder público, em conformidade com a Quarta Disposição Final e Transitória da Constituição e o artigo V do TP do CPConst.”

No original: “36. 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*. [...] 41. [...] 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 CPConst.” Tribunal Constitucional del Perú. Caso Teodorico Bernabé Montoya. Expediente 03173-2008-PHC/TC, 11 de diciembre de 2008. Resolución del Tribunal, voto singular de los Magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz. Disponível em < <http://bit.ly/TCP031732008> > ou < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03173-2008-HC%20Resolucion.html> >, acesso em 28 ago. 2014, destaque no original.

⁶⁰Tribunal Constitucional. Sentencia – Exp. 2798-04-HC/TC - GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE. “26. O delito de desaparecimento forçado foi desde sempre considerado como um delito de lesa-humanidade, situação que veio a ser corroborada pelo artigo 7º do Estatuto da Corte Penal Internacional, que o define como ‘a apreensão, a detenção ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com sua autorização, apoio ou aquiescência, seguido da negativa a informar sobre a privação de liberdade ou dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado.”

No original: “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.”

institui, prospectivamente, a imprescritibilidade da pretensão punitiva relativa a esses crimes, mas se limita a afirmar sua existência anterior pelo reconhecimento de norma imperativa de direito internacional (jus cogens), de caráter consuetudinário [...].

O quadro não é diferente no Brasil, por fundamentos muito semelhantes. Como fica claro na fundamentação do julgado, a condição da República Argentina de parte da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade não foi elemento determinante do entendimento da Corte Suprema de Justiça daquele país. O elemento determinante foi a compreensão de que a imprescritibilidade em questão constitui norma imperativa de direito internacional, tanto de natureza principiológica quanto consuetudinária. Em sendo assim, ela também se aplica ao Brasil.

[...] A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade constitui norma jurídica imperativa, tanto de caráter consuetudinário quanto de caráter principiológico, do direito internacional dos direitos humanos. O fundamento jusfilosófico da imprescritibilidade desses crimes foi examinado de perto por M. CHERIF BASSIOUNI, possivelmente a maior referência doutrinária contemporânea em Direito Penal Internacional:

“Mas ‘crimes contra a humanidade’ não são apenas aqueles contra uma dada vítima em um contexto singular ou isolado pelo qual o perdão possa ser prerrogativa da vítima. Nesses crimes, toda a humanidade é afetada pela vitimação de um dado grupo humano.

A questão nesse tipo de crime não é o ódio, mas justiça retributiva e simbólica. A primeira está bem estabelecida na doutrina do direito penal; a segunda pouco tem sido suscitada porque a maioria dos autores que lidam com esse tipo de questão a aborda na perspectiva da vítima tradicional do crime praticado internamente: o indivíduo. Nenhum tratou daqueles crimes internacionais que chegam a ponto de vitimar um grande segmento de uma dada sociedade que é parte da comunidade mundial. A punibilidade do autor independentemente de tempo e lugar é um ingrediente necessário da responsabilidade penal internacional, especialmente na medida em que não existe mecanismo repressivo supranacional capaz de aplicar consistentemente o direito.

A virtude de perdoar um indivíduo é uma ‘generosidade de julgamento’ que pode ser aplicada em casos individuais, mas não é virtude alguma perdoar uma categoria inteira de delinquentes que cometeram os piores crimes contra uma categoria inteira de vítimas. É, pois, correto ‘insistir [em] que há ocasiões em que não é moralmente apropriado [perdoar] – em especial quanto uma parte muito grande da pessoa está moralmente morta.’ Esta-

belecer regras de prescrição é perdão por negativa de justiça, retribuição, prevenção geral futura, mas também significa aceitar a potencialidade de questionamento futuro de estirpe moral.

O perdão é um presente, uma concessão, que uma comunidade lança sobre um malfeitor, mas apenas para sublinhar o valor moral da vítima ou porque encontrou valor moral redentor no auto do crime. Ele não pode ser uma decisão abstrata aplicável a toda uma categoria de delinquentes em nome de uma categoria de vítimas. Denegar a concessão do perdão nesses casos não significa respaldar o ódio ou a vingança mas expressar o senso mais básico de justiça e equidade. Insistir na persecução é, nesses casos, um dever moral, ético, jurídico e pragmático que nenhuma quantidade de tempo decorrido deve apagar.” [BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Edition. Haia: Kluwer Law International, 1999]

[...]

Em especial no contexto da passagem de um regime autoritário para a democracia constitucional, carece de sentido invocar o fundamento jurídico geral da prescrição, traduzido no brocardo *dormientibus non succurrit jus* e no postulado da preservação da segurança jurídica. Nos regimes autoritários, os que querem o socorro do direito contra os crimes praticados pelos agentes respectivos não deixam de obtê-lo porque estão dormindo, e sim porque estão de olhos fechados, muitas vezes vendados; não deixam de obtê-lo porque estão em repouso, e sim porque estão paralisados, muitas vezes manietados. Falar em sanção contra a inércia quando não é possível sair dela constitui, no mínimo, grave contrassenso e, no limite, hipocrisia hermenêutica. Não há segurança jurídica a preservar quando a iniciativa se volta contra o que constituiu pilar de sustentação justamente de um dos aspectos autoritários de regime que, para se instaurar, pôs por terra, antes de tudo, a mesma segurança jurídica.

24. A concepção de que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade integra, como costume e como princípio, o corpo das normas imperativas de direito internacional geral não foi endossada apenas pela Corte Suprema de Justiça da Argentina ou pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em acórdão de 20.12.1985 no rumoroso caso *BARBIE*, a Corte de Cassação da França cassou, precisamente por esse fundamento, julgado da Corte de Apelação de Lyon que declarara prescrita a pretensão punitiva em face de *KLAUS BARBIE*, chefe de serviço da Gestapo em Lyon, na França ocupada, por crimes que ele praticara mais de quarenta anos antes, durante a Segunda Guerra Mundial. A corte superior francesa entendeu que os crimes

contra a humanidade, diversamente dos crimes de guerra, são, por sua própria natureza e pela evolução contemporânea do Direito Internacional Público, imprescritíveis.”

Dessa maneira, à luz da Constituição do Brasil, da reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da doutrina e da interpretação dada por diversas cortes constitucionais e organismos internacionais representativos, como a ONU, a atos semelhantes, e também por força dos compromissos internacionais do país e do ordenamento constitucional e infraconstitucional, os crimes envolvendo grave violação a direitos humanos perpetrados à margem da lei, da ética e da humanidade por agentes públicos brasileiros durante o regime autoritário de 1964-1985 devem ser objeto de adequada investigação e persecução criminal, sem que se lhe apliquem institutos como a anistia e a prescrição.

III.5. EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI DA ANISTIA. NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA SOBRE CRIMES PERMANENTES AINDA NÃO EXAURIDOS

Quando confrontada com os parâmetros instituídos pelos tratados de direitos humanos e pela jurisprudência do sistema interamericano, a legislação penal brasileira revela-se lacunosa no que se refere à tipificação de elementares e circunstâncias da conduta definida internacionalmente como “desaparecimento forçado de pessoas”. Os projetos em andamento no Congresso Nacional ainda não foram definitivamente aprovados, e o Estado brasileiro ainda não concluiu o processo de ratificação das Convenções Internacional e Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.⁶¹

A Corte IDH, na sentença GOMES LUND, apontou a lacuna do direito interno e instou o Estado brasileiro a dar prosseguimento à tramitação legislativa e a adotar, “em

⁶¹Quando confrontada com os parâmetros instituídos pelos tratados de direitos humanos e pela jurisprudência do sistema interamericano, a legislação penal brasileira revela-se lacunar no que se refere à tipificação de elementares e circunstâncias da conduta definida internacionalmente como “desaparecimento forçado de pessoas”. Os projetos em andamento no Congresso Nacional para tipificação do delito ainda não foram definitivamente aprovados. Ademais, o Estado brasileiro nem mesmo concluiu o processo de ratificação e promulgação das Convenções Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado. Com efeito, a Convenção Interamericana foi aprovada em 9 de junho de 1994, em Belém (PA), e o Brasil subscreveu seu texto no dia seguinte. O Congresso Nacional levou sete anos para aprová-la, o que ocorreu com o Decreto Legislativo 127, de 8 de abril de 2011. Desde então, aguarda-se decreto presidencial para sua promulgação em âmbito interno. Da mesma forma, o Brasil não depositou perante a Organização dos Estados Americanos sua ratificação. No que diz respeito à Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada em Paris em 6 de fevereiro de 2007 e nessa mesma data assinada pelo Brasil, seu texto foi aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo 661, de 1º de setembro de 2010. Porém, a exemplo do que ocorre com a Convenção Interamericana, a Presidência da República não emitiu decreto determinando sua incorporação ao direito interno (promulgação). Todavia, o Brasil – para fins externos – depositou ratificação perante as Nações Unidas em 29 de novembro de 2010.

prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.” Enquanto cumpre essa medida, acrescenta a sentença, “o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno.”⁶²

Na avaliação dos casos investigados e denunciados, os procuradores naturais, a Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria Criminal do Ministério Público Federal e a própria Procuradoria-Geral da República adotaram, como critério, o parâmetro fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Extradicações 974, 1.150 e 1.278, todas requeridas pela Argentina. Na Extradicação 974,⁶³ o parecer do Procurador-Geral da República ANTONIO FERNANDO DE SOUZA sustenta que o pedido não poderia ser apreciado com base na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento de Pessoas, uma vez que o Estado brasileiro ainda não a ratificou. Ainda segundo essa manifestação, todavia, o requisito da dupla tipicidade, exigido pelo art. 77, inciso II, da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro),⁶⁴ está ao menos parcialmente satisfeito no atinente a condutas que, no direito brasileiro, se amoldem ao tipo penal do sequestro – no caso específico, a detenção seguida do “desaparecimento” de dissidentes políticos no Estado argentino, nos anos 1970:

De acordo com as informações prestadas pelo Estado requerente, o extraditando participou do sequestro de diversas pessoas, principalmente em 1976, as quais não foram libertadas até os dias de hoje. A despeito do tempo decorrido, não se pode afirmar que estejam mortas porque seus corpos jamais foram encontrados de modo que ainda subsiste a ação perpetrada pelo extraditando.⁶⁵

O argumento desenvolvido pela Procuradoria-Geral da República foi repetido pelo relator designado para o acórdão da Ext 974, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: “embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio”.

A impossibilidade de considerar, ao menos em juízo cognitivo não exauriente, a cessação da permanência do sequestro em consequência da morte presumida da vítima foi discutida de

⁶²CASO GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA) VS. BRASIL, cit., par. 192.

⁶³STF. Plenário. Ext 974/Argentina. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. Redator para acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. 6/8/2009, maioria. *DJe* 3 dez. 2009.

⁶⁴“Art. 77. Não se concederá a extradição quando: [...] II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente; [...]”.

⁶⁵Trecho do parecer do PGR ANTONIO FERNANDO DE SOUZA citado no voto do Min. CEZAR PELUSO, p. 40 do acórdão.

forma aprofundada pelo Ministro CEZAR PELUSO, para quem, em caso de desaparecimento de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do delito de sequestro, pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”:

Como, aliás, 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 seqüestros – 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, seja de declaração de morte presumida, de modo que, ainda quando, *ad arguendum tantum*, se pudera, em simples conjectura, cogitar de circunstâncias desconhecidas nestes autos, que, aliadas ao só decurso do tempo, induzissem alguma probabilidade de falecimento, faltariam, para caracterização de 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 (*fattispecie* concreta), donde a idéia 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 de fabulações, de modo algum se poderia sustentar, com razoável pretensão de consistência, hajam falecido todas as pessoas que, segundo a denúncia, teriam sido seqüestradas, e, muito menos, assentar-lhes as datas prováveis de cada óbito.

Na Extradução 1.150,⁶⁶ o Supremo Tribunal Federal, de maneira acertada, como de hábito, não apenas considerou o desaparecimento forçado de militantes políticos argentinos como sequestro qualificado, mas igualmente afirmou que a natureza permanente e atual do delito afasta a regra de prescrição, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal:⁶⁷

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 CP.

[...]

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.

7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns.

[...]

11. Extradução parcialmente deferida pelos crimes de "desaparecimento forçado de pessoas", considerada a dupla tipicidade do crime de "sequestro qualificado", ressalvado que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pelo desaparecimento ou sequestro de [...], não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; devendo ser efetuada a detração do tempo de prisão, ao qual foi submetido no Brasil, em razão desse pedido, nem podendo lhe ser aplicada a pena de prisão perpétua.

Por conseguinte, a natureza permanente e atual dos desaparecimentos forçados promovidos por agentes do regime militar de 1964-1985 afasta não apenas a prescrição

⁶⁶STF. Plenário. Ext 1.150/Argentina. Rel.: Min. CÁRMEN LÚCIA. 19/5/2011, maioria. DJe 116, 16 jun. 2011.

⁶⁷“Termo inicial da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final

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; [...].”

penal, mas também a própria extinção da punibilidade concedida pela Lei da Anistia, pois esta limita seu alcance temporal aos crimes cometidos no “período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979” (art. 1º). Uma vez que, segundo o entendimento explicitado pelo Supremo Tribunal Federal, só é possível afirmar cessação da permanência do sequestro após localização do paradeiro da vítima, ou após sentença que “depois de esgotadas as buscas e averiguações [...] fixe a data provável do falecimento”, a conduta dos agentes estatais responsáveis por privar ilegalmente os desaparecidos políticos de liberdade, ocultando de todos (especialmente dos familiares das vítimas) seu paradeiro, caracteriza-se, em princípio, como crime de sequestro não exaurido.

Em termos processuais penais, o critério utilizado por esse Tribunal no julgamento das três extradições é o de que a comprovação de homicídio da vítima sequestrada dependeria, na forma do art. 158 do Código de Processo Penal,⁶⁸ de exame necroscópico direto ou indireto, que identificasse, entre outros elementos, causa da morte e data provável desta. Ausente corpo de delito direto ou indireto do crime contra a vida, não seria possível afirmar progressão criminosa de sequestro para homicídio.

Em sendo condutas que se protraem no tempo e por estarem a consumir-se enquanto a vítima não seja encontrada e enquanto não se puder aquilatar data provável de óbito, relativamente aos crimes permanentes de sequestro (desaparecimento forçado de pessoas), merece ser julgada procedente a ADPF para afastar qualquer interpretação que afirme estarem esses delitos atingidos pela Lei da Anistia e que em razão dela reconheça extinção de sua punibilidade”.

Ante o exposto, o parecer é pelo provimento do recurso.

Brasília, 13 de maio de 2015.

Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira
Subprocuradora-Geral da República

⁶⁸“Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.”