



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CRIMES COMETIDOS NO BRASIL DURANTE O REGIME MILITAR POR AGENTES PÚBLICOS CONTRA A POPULAÇÃO CIVIL. DEVER ESTATAL DE APURAR E RESPONSABILIZAR.

1. **Competência da Justiça Federal.** A Justiça Militar é incompetente para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil e não goza de imparcialidade e independência para processar crimes contra a humanidade praticados por militares ou civis sob ordens militares.
2. **Crimes contra a humanidade.** Conceito vigente desde o Estatuto do Tribunal de Nüremberg, 1945, ratificado pela Assembléia Geral da ONU em 1946 (Resolução nº 95) e confirmado por tribunais internacionais.
3. **Tipificação.** Observância da legalidade estrita, conforme a lei em vigor à época do fato.
4. **Os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.** Princípio de direito confirmado pelo costume internacional e por diversas Resoluções da Assembléia Geral da ONU.
5. **A Convenção da ONU de 1968 sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade formalizou o costume internacional.** Documento vinculante dos Estados que não o ratificaram.
6. **O costume internacional, que trata de crimes contra a humanidade, integra o direito brasileiro.** O Supremo Tribunal Federal reconhece o costume internacional como fonte de direito perante a jurisdição nacional.
7. **Direito anterior ao fato.** A norma da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade antecede a ditadura militar no Brasil.
8. **Irrelevância da discussão sobre a teoria aplicável à incorporação de tratados.** Normas oriundas do costume internacional dispensam incorporação formal.
9. **Obrigaçao internacional.** A recusa em observar a disciplina dos crimes contra a humanidade é inadimplemento de deveres do Estado brasileiro perante a comunidade internacional. Impossibilidade de adoção de posturas ambíguas entre o direito internacional e o direito interno.
10. **Lei nº 6.683/79 – inaplicabilidade aos agentes estatais.** Seus crimes não são políticos, eleitorais ou tampouco conexos aos crimes políticos. Impossibilidade de auto-anistia.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

(...) 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 interferem 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.¹

Sumário

I – Contexto fático: a ditadura militar

1. Crimes praticados por agentes da repressão à dissidência política no Brasil no período de 1964 a 1985
2. Competência da Justiça Federal
3. Incompetência da Justiça Militar

II – Crimes contra a humanidade

1. Conceito de crime contra a humanidade e sua razão de ser
2. Crimes contra a humanidade são imprescritíveis
3. As normas internacionais que tratam de crimes contra a humanidade integram o direito brasileiro e devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário

III – Imprescritibilidade na Constituição brasileira

IV – A Lei de Anistia

1. A Lei nº 6.683/79 não alcançou os crimes praticados por agentes do Estado
2. A invalidade jurídica da auto-anistia

V – A obrigação internacional de investigar e punir os crimes contra a humanidade

VI – Conclusão

¹ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 16-17; grifos são nossos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

I – CONTEXTO FÁTICO: A DITADURA MILITAR

1. CRIMES PRATICADOS POR AGENTES DA REPRESSÃO À DISSIDÊNCIA POLÍTICA NO BRASIL NO PERÍODO DE 1964 A 1985

O período historicamente denominado de “ditadura militar” (1964 a 1985) foi marcado pela supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição e repressão contra setores da população civil considerados como opositores do regime. Tudo feito mediante uma série de graves violações aos direitos humanos, conforme oficialmente reconhecido através dos artigos 8º e 9º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, da Lei nº 9.140/95² e da publicação da Presidência da República “Direito à Memória e à Verdade”³.

A escalada repressiva culminou até o ponto de ser chamada de “anos de chumbo”. Toda a população, principalmente a urbana, tinha a consciência de que estava submetida a um forte poder e qualquer reação a ele, ou atitude tendente a ser interpretada como reação, poderia ser fatal. Tudo isso é notório, objeto de livros, músicas, filmes, poesias⁴ e até de relatos de experiências vividas contados de pais para filhos em segredo, como se ainda temessem ser identificados como opositores. Não há dúvida de que houve no Brasil uma perseguição generalizada e ataques sistemáticos à população civil que discordava ou parecia demonstrar que discordava do regime vigente.

Muito embora o Brasil não tenha até hoje aberto plenamente os arquivos relativos a essa repressão e tampouco tenha conhecido uma Comissão de Verdade que pudesse dimensionar o número real de crimes praticados, alguns dados estão disponíveis. Por exemplo, a Comissão de Anistia do

² “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.”

³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 23.

⁴ Há vasto material artístico sobre as “dificuldades” desses anos. A exata noção da perseguição e dos ataques sistemáticos é dada, dentre outras obras, pelos versos de Affonso Romano de SANT’ANNA: “(...) Desaparecia-se muito/ naqueles dias./ Ia-se colher a flor oferta/ e se esvanecia./ Eclipsava-se entre um endereço e outro/ou no táxi que se ia./ Culpado ou não, sumia-se/ ao regressar do escritório ou da orgia./ Entre um trago de conhaque/ e um aceno de mão, o bebedor sumia./ Evaporava o pai/ ao encontro da filha que não via./ Mães segurando filhos e compras,/ gestantes com tricots ou grupos de estudantes/ desapareciam./ Desapareciam amantes em pleno beijo/ e médicos em meio à cirurgia./ Mecânicos se diluíam/ - mal ligavam o tórno do dia./ Desaparecia-se./ Desaparecia-se muito/ naqueles dias./ (...) Até deputados e presidentes esvaneciam./ Sacerdotes, igualmente, levitando/ iam, rarefeitos, constatar no além,/ como os pecadores partiam./ (...) Não, não era fácil ser poeta naqueles dias./ Porque os poetas, sobretudo/ - desapareciam. (...)”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ministério da Justiça, instituída pela Medida Provisória nº 2.151, de 2001, já concedeu, até o final do ano de 2007, indenizações a 24.560 famílias por prejuízos decorrentes da perseguição política.

Esse total consta de relato enviado em abril de 2008 pela Ministra Chefe da Casa Civil ao Procurador-Geral da República (Aviso nº 225 – Ccivil). Verifica-se que, até o ano de 2007, o número de procedimentos autuados com pedidos de indenização por perseguição política foi de 60.347. Destes, 37.270 foram analisados, tendo sido indeferidos apenas 12.710. Logo, é possível estimar que serão formalmente reconhecidas 40.000 pessoas como vítimas diretas da repressão.

Estudos também demonstram o padrão sistemático dessa perseguição e ataques. O Projeto “Brasil Nunca Mais”, liderado pela Arquidiocese de São Paulo e que teve como escopo de pesquisa apenas processos criminais militares que tramitaram perante o Superior Tribunal Militar, apurou a existência de cerca de duas mil notícias de torturas a presos políticos. Note-se que esse número é ínfimo, diante do quadro real de prisões ilegais e não oficializadas perante qualquer autoridade judiciária. Frise-se que os dados compilados pela Arquidiocese foram obtidos dos processos criminais movidos contra presos políticos, nos quais a defesa aproveitava a rara oportunidade de acesso às autoridades judiciais para denunciar as torturas suportadas pelos réus.⁵

Houve o caso da Guerrilha do Araguaia, onde toda a população civil de extensa área rural (englobando os municípios de São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no Pará, e Xambioá e Araguatins, no Tocantins) foi ameaçada, sitiada e em grande parte encarcerada em campos de prisioneiros do Exército brasileiro.⁶ Relata um Oficial do Exército brasileiro que participou das atividades de repressão: “[ocorreu] evacuação de quase todos os camponeses da área, deixando somente as mulheres e as crianças, o que restringiu o apoio destes aos guerrilheiros.”⁷

⁵ In ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil Nunca Mais*. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p. 86-88.

⁶ Vide o Relatório Parcial do Ministério Público Federal nos Inquéritos Cíveis Públicos 1, 3 e 5, todos de 2001, e respectivamente das Procuradorias da República no Pará, em São Paulo e no Distrito Federal. Cf., ainda, MORAIS, Tais; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

⁷ In JIMÉNEZ, José Vargas. *Bacaba – Memórias de um guerreiro de selva da guerrilha do Araguaia*. Campo Grande: Editora do Autor, 2007, p. 75.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

E assim:

“as jovens adolescentes, filhas dos camponeses que haviam sido feitos prisioneiros, bem como suas mulheres que ficaram sozinhas nos seus sítios no meio da selva, abandonavam suas casas e iam para os vilarejos que existiam à beira da rodovia Transamazônica, ou para as cidades de Marabá e Xambioá, onde procuravam sobreviver, se prostituindo, até que seus pais ou maridos, que se encontravam prisioneiros, fossem soltos.”⁸

Vale lembrar, ainda, que parcela expressiva das vítimas de prisões arbitrárias e torturas prefere manter-se no silêncio, para não recordar os sofrimentos vividos e reavivar os danos psicológicos decorrentes, mormente diante do quadro até esta data vigente, de omissão do sistema de justiça brasileiro em procurar responsabilizar os autores dos delitos.

Toda a população brasileira sentia o risco de qualquer oposição ao regime. E, de fato, ao menos 30 mil cidadãos foram vítimas de prisões ilícitas e torturas. Por outro lado, há mais de 400 casos de desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores ou contestadores do governo que assumiu o poder com o golpe militar de 1964.

Esses ilícitos foram todos cometidos por agentes do Estado brasileiro, dentro de um padrão sistemático e generalizado de perseguição contra parcela da população civil. Assim, são juridicamente reputados crimes contra a humanidade e se submetem à responsabilização penal a qualquer tempo, conforme adiante se demonstrará.

2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Até 1968 a repressão à dissidência política foi realizada pelos aparatos policiais (especialmente pelas Delegacias da Ordem Política e Social – DOPS, das Polícias Cíveis dos Estados, e pela Polícia Federal) e também pelas Forças Armadas.

A partir desse ano (edição do Ato Institucional nº 5 e início das ações mais violentas), estreitou-se a cooperação entre governos federal e estaduais. Praticamente todo o trabalho passou a ser coordenado – e em grande

⁸ In JIMÉNEZ, José Vargas. *Bacaba – Memórias de um guerreiro de selva da guerrilha do Araguaia*. Campo Grande: Editora do Autor, 2007, p. 69.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

parte executado – pela União Federal, através das Forças Armadas. É a chamada fase da repressão **militar** à dissidência política.

O protótipo desse modelo de coordenação e execução militar das ações de repressão foi a denominada “Operação Bandeirante” (OBAN), implementada em São Paulo pelo Comando do II Exército. Sua função foi agrupar o trabalho até então realizado por órgãos do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Polícia Federal e das polícias estaduais em um único destacamento.

Diante do “sucesso” da OBAN na repressão, o seu modelo foi difundido pelo regime militar a todo o País. Nasceram, então, os Destacamentos de Operações de Informações/Centros de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), no âmbito do Exército:

“Com dotações orçamentárias próprias e chefiados por um alto oficial do Exército, os DOI-CODI assumiram o primeiro posto na repressão política do país. No ambiente desses destacamentos militares as prisões arbitrárias e os interrogatórios mediante tortura tornaram-se rotina diária. Ademais, os assassinatos e os desaparecimentos forçados de presos adquiriram constância”.⁹

Na sua estrutura operacional, o DOI/CODI era comandado por oficiais do Exército e se utilizava de membros das Forças Armadas, investigadores e delegados de polícia civil, policiais militares e policiais federais.¹⁰ Uma das suas funções era unificar as atividades de informação e repressão política.¹¹

⁹ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 27.

¹⁰ No Livro “Brasil Nunca Mais”, consta: “O DOI-CODI (Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna) surgiu em janeiro de 1970, significando a formalização, no Exército, de um comando que englobava as outras duas Armas. Em cada jurisdição territorial, os CODI passaram a dispor do comando efetivo sobre todos os organismos de segurança existentes na área, sejam das Forças Armadas, sejam das polícias estaduais e federais.” In ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Petrópolis: Editora Vozes, 1985, p. 73-74.

¹¹ Em “O Livro Negro do Terrorismo no Brasil”, a criação dos DOI/CODI está assim relatada: “Em julho de 1969, o Governo ... baixou novas diretrizes. Esse documento, denominado Diretrizes para a Política de Segurança Interna, atribuía um papel preponderante aos comandantes militares de área, quanto ao planejamento e à execução das medidas anti-subversivas, e considerava indispensável a integração de todos os organismos responsáveis por essa área. (...) Fruto desses estudos, que tiveram como base a experiência da ‘Operação Bandeirantes’, recém-constituída, foi determinado o estabelecimento, nos Exércitos e nos Comandos Militares, de um Centro de Operações de Defesa Interna (CODI).” In GRUPO DE PESQUISADORES ANÔNIMOS; COUTINHO, Sergio Augusto de A. (coord.). Rio de Janeiro, 2005, p. 450. Note-se que o “Livro Negro do Terrorismo do Brasil” é resultado da pesquisa e narrativa de ex-integrantes dos serviços de repressão política no Brasil,

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Os DOI/CODI eram, portanto, órgãos federais, que funcionavam sob direção do Exército e com servidores federais e estaduais requisitados.

Frise-se, porém, que a violação de direitos humanos não era ato exclusivo dos agentes do DOI/CODI:

“[O]s Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS), as delegacias regionais da Polícia Federal, o Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica (CISA) e o Centro de Informações da Marinha (CENIMAR) mantiveram ações repressivas independentes, prendendo, torturando e também eliminando opositores”.¹²

Em alguns Estados, inclusive, o protagonismo da repressão sequer chegou a ser assumido formalmente pelo DOI/CODI (v.g., Rio Grande do Sul).

De qualquer forma, os atos praticados por agentes das Forças Armadas – próprios ou requisitados de outros órgãos públicos – no âmbito das atividades e funções do DOI/CODI ou de outros órgãos militares revestem a natureza de atos de servidores públicos federais.

Em decorrência, é da competência da Justiça Federal processá-los e julgá-los, por força do disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição, conforme entendimento sumulado pela jurisprudência (Súmula nº 254 do Tribunal Federal de Recursos¹³, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça – CC 1.679/RJ e RHC 2.201/DF).

É possível concluir, também, que a partir da constituição dos DOI/CODI (1970) a atuação dos DOPS (polícias civis estaduais) passou, em regra, a ser subordinada ao Exército brasileiro. Isso porque toda a coordenação da atividade de repressão foi assumida por este ramo das Forças Armadas, tendo os DOPS servido, desde então, a formalizar as prisões que dariam ensejo a processo penal militar. Conforme se depreende dos relatos constantes do livro “Direito à Memória e à Verdade”¹⁴, os suspeitos detidos pelos DOI/CODI – quando não mortos, desaparecidos ou soltos sem qualquer formalização –

conforme apresentação da versão consultada e confirmado pela imprensa (CORREIO BRASILIENSE. *Livro secreto do Exército é revelado*. Reportagem de Lucas Figueiredo. 15 de abril de 2007). Inteiro teor do “Livro” recebido pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC / PGR.

¹² BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 23.

¹³ “Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados.”

¹⁴ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

eram encaminhados à polícia civil (DOPS) para o início do processo formal de imputação penal. Na Polícia Civil procedia-se então à “regularização” formal da prisão efetuada e do depoimento tomado, sob tortura, nos DOI/CODI. Nos DOPS, os presos muitas vezes eram submetidos a novos interrogatórios e torturas. Em determinadas ocasiões, retornavam aos DOI/CODI.

Percebe-se, pois, a existência de uma unidade de desígnios entre a atuação dos agentes federais (DOI/CODI, polícia federal, órgãos da Marinha e Aeronáutica) e da polícia civil e militar, a indicar que o comando geral da repressão era da União. Nesses casos, a ação dos órgãos estaduais assumia também contornos de exercício de função federal.

3. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Os crimes praticados pelos agentes da repressão à dissidência política durante o regime ditatorial militar não podem ser processados e julgados pela Justiça Militar.

Em se tratando de crime de homicídio, é a Constituição brasileira e o Código Penal Militar que definem a competência do Tribunal do Júri. Com efeito, aplicam-se nessa hipótese as regras do artigo 125, § 4º, da Constituição Federal e do artigo 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1001/69), que afetam o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, ao Tribunal do Júri.

Os demais crimes também fogem à competência da Justiça Militar, seja por não encontrarem previsão expressa no Código Penal Militar (é o caso dos crimes de ocultação de cadáver), mas principalmente por se referirem à prática de crimes cuja natureza afasta a possibilidade de apreciação pela Justiça Castrense (crimes contra a humanidade).

A Justiça Militar não preenche os requisitos necessários para processar e julgar crimes graves de violação a direitos humanos praticados por militares contra civis. É o que revela a jurisprudência reiterada da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH (à qual o Brasil – inclusive seus órgãos do sistema de justiça – é vinculado, conforme se demonstrará no corpo desta manifestação).

Confirmam-se os seguintes precedentes: caso 19 COMERCIANTES (2004, parágrafos 164 a 177), caso ALMONACID ARELLANOS (2006, parágrafos 130 a 133), caso CANTORAL BENAVIDES (2000, parágrafos 111

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

a 115), caso DURANTE Y UGARTE (2000, parágrafos 115 a 118) e caso LAS PALMERAS (2001, parágrafo 51 a 54).¹⁵

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (precedentes citados) e a Corte Européia de Direitos Humanos – CEDH (caso PABLA KY VS. FINLAND)¹⁶ são firmes em apontar que a competência da Justiça Militar deve ser interpretada restritivamente. Sua competência para julgar crimes em tempos de paz deve ser aceita somente quando caracterizada ampla e efetiva independência de seus juízes, mediante total desvinculação das Forças Armadas.

Vale, nesse particular, destacar a apreciação que a CIDH fez no caso LAS PALMERAS:

“51. A este respeito, o Tribunal já estabeleceu que em um Estado democrático de direito a jurisdição penal militar tem de possuir um alcance restritivo e excepcional e estar direcionada à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados às funções que a lei designa às forças militares. Por isto, apenas deve julgar a militares pela prática de delitos ou faltas, que pela sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar¹⁷.”

52. Por sua vez, esta Corte entende pertinente recordar que a jurisdição militar

‘se estabelece em diversas legislações com o fim de manter a ordem e a disciplina dentro das forças armadas. Inclusive, esta jurisdição funcional reserva sua aplicação aos militares que tenham incorrido na prática do delito ou falta no exercício de suas funções e sob certas circunstâncias. [Pelo que q]uando a justiça militar assume competência sobre um

¹⁵ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em 08 set. 2008.

¹⁶ Segundo a CEDH, a aferição da imparcialidade e independência da Justiça Militar depende de vários elementos, dentre os quais: modo de indicação de seus juízes, existência ou não de vínculo de seus juízes com as forças armadas e existência de mecanismos de proteção contra pressões externas: *“In order to establish whether a tribunal can be considered ‘independent’ for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their terms of office, the existence of safeguards against outside pressures and the question whether it presents an appearance of independence.”* Cf. Caso “Pabla Ky v. Finland”. Application nº 47221/99. Julgado em 22 de junho de 2004. Par. 26. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=pabla&sessionid=13914493&skin=hudoc-em>>. Acesso em 09 set. 2008.

¹⁷ Cf. Caso “Cantoral Benavides”. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, nº 69. Par. 113 e Caso “Durand y Ugarte”. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C, nº 68. Par. 117. Referências contidas no texto original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

assunto que deveria ser conhecido pela justiça comum, o direito ao juiz natural resta afetado e, *a fortiori*, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça¹⁸.

53. Consoante já referido, o juiz encarregado do conhecimento de uma causa deve ser competente, independente e imparcial¹⁹. No caso *sub judice*, as próprias forças armadas, responsáveis pelo combate aos grupos insurgentes, são as encarregadas de julgar os seus pares pela execução de civis, conforme reconheceu o próprio Estado. Conseqüentemente, a investigação e sanção dos responsáveis devia ter recaído, **desde o princípio**, na justiça comum, independentemente dos supostos autores terem sido policiais em serviço. (...)” (grifos nossos)

No Brasil, a Justiça Militar – dada a sua composição e organização – não goza de autonomia em relação às Forças Armadas. Portanto, não pode ser reconhecida como isenta para processar atos graves que foram praticados por militares contra civis, por ordens das mais altas autoridades da instituição.

Com efeito, o artigo 123 da Lei Fundamental dispõe que o Superior Tribunal Militar é composto por 15 Ministros, sendo 3 oficiais-generais da Aeronáutica, 4 oficiais-generais do Exército e 3 oficiais-generais da Marinha. Assim, no total, 10 Ministros são vinculados às Forças Armadas, o que representa dois terços da composição da Corte.

Note-se que os ministros militares do Superior Tribunal Militar não se desvinculam das Forças Armadas. Eles continuam sendo membros da ativa, conforme o estabelecido no artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.457/92, a qual organiza a Justiça Militar federal: “[o]s Ministros militares permanecem na ativa, em quadros especiais da Marinha, Exército e Aeronáutica”. Ademais, nos casos de substituição oficial, ou para compor quórum, são convocados “oficiais da Marinha, Exército ou Aeronáutica, do mais alto posto” (Lei nº 8.457/92, art. 62, II, e Regimento Interno do STM, art. 26).

É inelutável, portanto, que a Corte não preenche os requisitos da imparcialidade e da independência para apreciar crimes que envolvem ordens oriundas de oficiais que ocuparam os mais altos postos da instituição,

¹⁸ Cf. Caso “Cantoral Benavides”. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, nº 69. Par. 112 e Caso “Castillo Petruzzi y Otros”. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C, nº 52, Par. 128. Referências contidas no texto original.

¹⁹ Cf. Caso “Ivcher Bronstein”. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Serie C, nº 74. Par. 112 e Caso “Castillo Petruzzi y Otros”. Sentença de 30 de maio de 1999. Serie C, nº 52, Par. 130. Referências contidas no texto original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

investidos inclusive nas funções de Presidente da República e Ministro do Exército. Assim, os atuais oficiais integrantes do Superior Tribunal Militar estariam julgando atos que envolvem pares, alguns de hierarquia superior, tendo em vista que em alguns momentos esses cargos do Poder Executivo foram exercidos por Marechais.

Frise-se, ademais, que os ministros militares do STM não precisam sequer de formação ou conhecimento jurídico. Ao contrário do requisito imposto pela Constituição para a escolha dos três ministros oriundos da advocacia, os juízes militares não demandam “notório saber jurídico e conduta ilibada”. Assim, além da justiça castrense não ser independente em relação à corporação militar, ela não é apta a realizar julgamentos fundamentados no Direito, dada a inexigibilidade de formação técnica de dois terços dos integrantes do Superior Tribunal Militar.

Logo, além dos crimes dolosos contra a vida e aqueles que não encontram previsão no Código Penal Militar, devem ser julgados pela Justiça Comum todos os demais crimes contra a humanidade praticados por militares, ou por civis sob comando militar. A competência da Justiça Militar não é admissível para o julgamento desses graves delitos contra os direitos humanos.

II - CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

1. CONCEITO DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE E SUA RAZÃO DE SER

O conceito de crime contra a humanidade é senso comum desde a Primeira Guerra Mundial, especialmente após o massacre da minoria armênia na Turquia. O Tratado de Sèvres²⁰, firmado entre a Turquia e as potências aliadas vencedoras da Primeira Guerra Mundial²¹, trouxe o embrião da responsabilidade internacional de crimes praticados por agentes de um Estado contra minorias internas. Em especial o artigo 230 previa a entrega de quaisquer pessoas que tivessem participado dos massacres cometidos dentro do próprio território do Império Turco, durante o período de guerra, a tribunais internacionais que viessem a ser instituídos pela Liga das Nações.

²⁰ Disponível em: <http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Section_I%2C_Articles_1_-_260>. Acesso em 25 ago. 2008. Vide especialmente artigo 230 e artigos 140 a 151.

²¹ Esse Tratado, porém, jamais entrou em vigor, pois não foi ratificado pelo Parlamento da Turquia.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Entretanto, são a 2ª Guerra Mundial e a política de extermínio de judeus pelo governo nazista que atuam como catalisadores para os primeiros processos contra perpetradores de crimes de lesa-humanidade. Sob as regras dos crimes de guerra então vigentes, a perseguição a segmentos da população civil do próprio país não era punível. Assim, o conceito de crime contra a humanidade foi consolidado e aplicado para evitar que a perseguição a cidadãos nacionais não ficasse impune.²²

A primeira formalização do crime contra a humanidade ocorreu, portanto, no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nüremberg. Note-se que, já naquele tempo, não se tratou da instituição de tipo penal para aplicação retroativa, mas sim da consolidação escrita do conceito construído desde o início do século no direito internacional.

Foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros. Confira-se:

“Artigo 6º- O Tribunal estabelecido pelo Acordo aludido no Artigo 1º do presente para o ajuizamento e condenação dos principais criminosos de guerra do Eixo estará legitimado para julgar e condenar aquelas pessoas que, atuando em defesa dos interesses dos países do Eixo, cometeram os delitos que constam a seguir, individualmente ou como membros de organizações:

(...)

(c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: A saber, o **homicídio**, o extermínio, a escravidão, a deportação e **outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma, a perseguição por motivos políticos**, raciais ou religiosos na execução daqueles crimes que sejam competência do Tribunal ou relacionados aos mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados.”²³ (negritamos)

Essa definição de crimes contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nüremberg foi ratificada na primeira sessão da Assembléia Geral

²² FENRICK, William J. Should crimes against humanity replace war crimes? *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 37, nº 3, p. 767-785. 1999.

²³ Tradução livre do texto. Disponível em:

<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

da Organização das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946, através da Resolução nº 95. Nessa ocasião, a ONU **confirmou**:

“(...) os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg e as sentenças de referido Tribunal.”²⁴

Em 1947 a Assembléia Geral da ONU determinou que esses princípios de direito internacional utilizados pelo Tribunal de Nüremberg fossem consolidados em um documento escrito, cuja elaboração foi confiada à Comissão de Direito Internacional (Resolução nº 177 (II), de 21.11.1947). A Comissão, em 1950, aprovou um rol de sete princípios, valendo destacar o segundo princípio:

“O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.”²⁵

Esse princípio estabelece uma norma contra a impunidade nos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Sempre que o direito interno de um país (ou suas instituições) não for apto a punir os autores desses delitos, deverá ser aplicado o direito internacional para garantir a responsabilização pessoal do perpetrador da violação. Óbices de qualquer natureza devem ser afastados, desde atipicidade, até anistias ou prescrições.

Por outro lado, a Comissão de Direito Internacional reafirmou no sexto princípio o conceito de crime contra a humanidade como sendo o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos inumanos praticados contra qualquer população civil, bem como a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições forem praticados em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra.²⁶

²⁴ Tradução livre do texto. Resolução nº 95 (I), 55ª reunião plenária de 11 de dezembro de 1946.

Disponível em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>>
. Acesso em 24 set. 2007.

²⁵ Tradução livre do texto. *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Principle II: “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from the responsibility under international law.”* Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 09 set. 2008.

²⁶ *Principle VI: “The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (...) (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.”* In *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal*. Disponível em:

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nesse particular, vale destacar que a cláusula do Tribunal de Nüremberg, traduzida no sexto princípio acima mencionado, no sentido da necessidade de vínculo entre o crime de lesa-humanidade e crimes de guerra ou contra a paz foi paulatinamente afastada. Tal exigência de nexos com uma guerra (*war nexus*) era pertinente nos julgamentos levados a efeito no Tribunal de Nüremberg, especialmente para deixar claro que fatos ocorridos antes de 1939 não seriam objeto de julgamento pelo Tribunal Militar.

De fato, também em 1945 as forças de ocupação aliadas (ex-URSS, EUA, Grã-Bretanha e França) editaram a Lei nº 10, do Conselho de Controle na Alemanha, estipulando a punição de crimes contra a humanidade. Nesta lei não existe qualquer exigência de vínculo desses delitos com crimes de guerra.²⁷

A Assembléia Geral da ONU, em 1966 (XXI), deixou extrema de dúvidas a inexigibilidade do vínculo com uma guerra para caracterizar o crime de lesa-humanidade. Nesse ano foram aprovadas duas Resoluções que identificam a ocorrência do delito independentemente da existência de guerra ou de atentado à paz. Trata-se das Resoluções 2.184 e 2.202, as quais, respectivamente, condenam como crimes contra a humanidade (i) a política de Portugal de violação dos direitos econômicos e sociais da população indígena de territórios estrangeiros sob seu domínio e (ii) a prática do *apartheid* pelo governo da África do Sul.

A exigência ou não de um vínculo entre crimes de guerra e crimes contra a humanidade recebeu detido exame pelo Tribunal da ONU para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia (TPII). Em especial no caso TADIC, a Corte esclareceu que:

"78. (...) O vínculo no Estatuto de Nüremberg entre crimes contra a humanidade e as outras duas categorias, crimes contra a paz e crimes de guerra, era próprio ao contexto do Tribunal de Nüremberg,

<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 09 set. 2008.

²⁷ Essa lei definiu crimes contra a humanidade como: "*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.*" In Control Council No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against the Peace and Against Humanity, art. II (c), (1945) *apud* SHAACK, Beth Van. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 37, nº 3, p. 787-850. 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

estabelecido especificamente 'para o justo e imediato julgamento e punição dos maiores criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu.' (Estatuto de Nüremberg, artigo 1º). Como alguns dos crimes cometidos pela Alemanha Nazista eram de natureza tão abominável ao ponto de chocar a consciência da humanidade, decidiu-se pela inclusão dos crimes contra a humanidade de forma a permitir que o Tribunal Militar Internacional julgasse os maiores criminosos de guerra pelos atos cruéis cometidos contra os Judeus Alemães, dentre outros, que, como Alemães nacionais, estavam excluídos do âmbito de proteção legal, que apenas proibia violações de direitos envolvendo populações adversárias ou inimigas. (Vide Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* para. 169 (1986).)

79. Que nenhum vínculo é requerido no direito internacional consuetudinário, entre crimes contra a humanidade e crimes contra a paz ou crimes de guerra, está fortemente demonstrado em decisão subsequente. O tribunal militar, criado pela Lei nº 10 do Conselho de Controle, declarou, no caso *Einsatzgruppen*, que:

'Crimes contra a humanidade são atos cometidos no curso de violação maciça e sistemática à vida e à liberdade... O tribunal militar internacional, atuando sob a égide do Estatuto de Londres, declarou que as disposições do Estatuto limitavam o Tribunal a considerar crimes contra a humanidade apenas aqueles que foram cometidos na execução de ou em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra. O Conselho de Controle Aliado, na Lei nº 10, removeu esta limitação de maneira a que o Tribunal tenha competência para julgar todos crimes contra a humanidade como longamente conhecidos e entendidos sob os princípios gerais do direito penal. (4 Trials of War Criminals 499).'

80. Ademais, o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional se pronunciou da seguinte maneira:

'Primeiramente vinculado ao estado de guerra... o conceito de crimes contra a humanidade paulatinamente veio a se tornar autônomo e, hoje, é completamente separado daquele dos crimes de guerra... Crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de guerra ou de paz; crimes de guerra podem ser cometidos apenas em tempo de guerra.' (Seventh Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

and Security of Mankind, [1989] 2 Yearbook of ILC, U. N. Doc., A/N/CN.4/SER. A/1986/Add. 1.”²⁸ (grifos nossos)

O costume internacional após 1946 demonstrou, desse modo, que o vínculo com crimes de guerra havia sido fixado no Estatuto de Nüremberg como mecanismo de definição da sua jurisdição. Novamente, vale a reprodução de parte do julgamento do caso TADIC:

“249. A Corte de Apelação também concorda com a Acusação no sentido de que a expressão ‘cometidos em conflito armado’ do Artigo 5º do Estatuto requer nada mais que a *existência* de um conflito armado no tempo e lugar apropriados. A Acusação está, além disso, correta ao afirmar que o requisito do conflito armado é um elemento *jurisdicional* e não ‘um elemento essencial da *mens rea* dos crimes contra a humanidade’ (i.e., não um componente legal do elemento subjetivo do crime).”²⁹ (destaques no original)

Cabe destacar a importância, para o Brasil e toda a comunidade internacional, da interpretação adotada pelo Tribunal Penal Internacional para os Crimes cometidos na ex-Iugoslávia (TPII). Este Tribunal foi criado pelas Resoluções 808 e 827 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), com base na sua competência voltada à preservação da paz internacional. Tal competência – prevista no Capítulo VII da Carta da ONU – permite que o Conselho de Segurança (CS) edite *resoluções vinculantes* a todos os membros daquela Organização Internacional.

De fato, o Conselho de Segurança pode adotar toda e qualquer medida necessária à manutenção da paz, devendo o restante dos membros, inclusive os divergentes, cumprir o decidido pelo Conselho. Os artigos 25 e 48 (dentre outros) da Carta da ONU são esclarecedores:

“Artigo 25 - Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

(...)

²⁸ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”. IT-94-1-T. “Decision on the defence motion on jurisdiction”. 10 de agosto de 1995. Par 78-80. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/decision-e/100895.htm>>. Acesso em 08 set. 2008.

²⁹ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”. IT-94-1-T. “Appeals Chamber-Judgement”. 15 de julho de 1999. Par 249. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Artigo 48 - 1. A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os Membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.

2. Essas decisões serão executas pelos Membros das Nações Unidas diretamente e, por seu intermédio, nos organismos internacionais apropriados de que façam parte.” (grifos nossos)

No mesmo sentido, assim se manifestou o Secretário-Geral da ONU:

“O Conselho de Segurança expressou ... seu grave alarme aos contínuos informes de violações generalizadas do direito humanitário internacional no território da ex-Iugoslávia, incluindo relatos de assassinatos em massa e a continuação da prática de ‘limpeza étnica’. O Conselho resolveu que esta situação constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais, e declarou que está determinado a pôr termo a estes crimes e a tomar medidas efetivas para submeter à justiça os responsáveis. O Conselho de Segurança declarou sua convicção de que, nas circunstâncias particulares da ex-Iugoslávia, a instituição de um tribunal internacional permitiria alcançar esse objetivo e contribuiria para a restauração e manutenção da paz.”³⁰

Por seu turno, a Resolução nº 827 (1993) – a qual em conjunto com a Resolução nº 808 tratou da criação do TPII – expressamente menciona que a instituição do Tribunal era a resposta necessária para a manutenção da paz e, ainda, que o Conselho de Segurança agia usando sua competência estabelecida no Capítulo VII da Carta da ONU. *In verbis*:

“Determinando que esta situação continua a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais,

Resolvido a pôr termo a estes crimes e a tomar medidas efetivas para submeter à justiça os responsáveis,

Convicto de que, nas circunstâncias particulares da ex-Iugoslávia, a instituição, como medida *ad hoc*, de um tribunal internacional pelo Conselho e a persecução criminal dos indivíduos responsáveis por

³⁰ Tradução livre do texto. Cf. Relatório do Secretário Geral referente ao parágrafo 2º da Resolução 808 (1993), S/25704, de 3 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/s25704.htm>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

graves violações do direito humanitário internacional permitiria alcançar esse objetivo e contribuiria para a restauração e manutenção da paz,

(...)

ATUANDO DE ACORDO COM O CAPÍTULO VII DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS,

1. Aprova o relatório do Secretário-Geral;
2. Decide estabelecer um tribunal internacional com a finalidade exclusiva de processar os indivíduos responsáveis por graves violações do direito humanitário internacional cometidas no território da ex-Iugoslávia entre 1º de janeiro de 1991 e uma data que o Conselho de Segurança determinará uma vez restaurada a paz e, com esse fim, adotar o Estatuto do Tribunal Internacional anexado ao relatório anteriormente mencionado;³¹

Assim, a interpretação do TPII sobre a desvinculação entre os crimes contra a humanidade e o contexto de guerras é interpretação autêntica do estágio do Direito Internacional, por parte de órgão criado pelo Conselho de Segurança por resolução vinculante. Assim, as interpretações do TPII vinculam toda a comunidade internacional, devendo os Estados agir em consonância com as determinações do Tribunal para o cumprimento de suas missões.

Em outras palavras: a interpretação realizada pelo TPII sobre o conteúdo do costume internacional relativo ao crime contra a humanidade (apontando inexistência do requisito de vínculo desses delitos com crimes de guerra ou contra a paz desde 1945) deve ser seguida pelo Brasil.

Em importante precedente, o Juiz LOUCAIDES, da Corte Européia de Direitos Humanos, chegou à mesma conclusão (julgamento do caso SENTINELAS DO MURO DE BERLIM)³²:

“Resolução 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1946, declara expressamente ‘os princípios de Direito

³¹ Tradução livre do texto. Cf. Resolução nº 827 (1993), 3217ª sessão de 25 de maio de 1993.

Disponível em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>>.

Acesso em 08 set. 2008.

³² Tradução livre do texto. Caso “Streletz, Kessler and Krenz v. Germany”. Applications nºs.

34044/96, 35532/97 e 44801/98. Julgado em 22 de março de 2001. Disponível em:

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kessler&sessionid=13645944&skin=hudoc-en>>. Acesso em 09 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg e as sentenças de referido Tribunal' e a exposição daqueles princípios foi incumbida à Comissão de Direito Internacional, 'no contexto de uma codificação geral dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, ou de um Código Criminal Internacional'. Esta resolução demonstrou a opinião predominante dos Estados e da prática dos Estados em relação aos princípios em questão e, no que diz respeito ao assunto, deu sólido amparo legal à pretensão de que esses princípios eram elementos componentes do direito internacional consuetudinário. [vide, *inter alia*, *Daillier and Pellet, Droit international public*, 6th edition, p. 677].

A conexão dos crimes contra a humanidade com atividades de guerra não foi considerada um requisito para a configuração de tais crimes."

Nesse mesmo sentido, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso ALMONACID ARELLANOS:

"95. O homicídio como crime de lesa-humanidade foi codificado pela primeira vez no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, o qual foi anexado ao Acordo para o estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional encarregado do juízo e castigo dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu, assinado em Londres em 8 de agosto de 1945 (o 'Acordo de Londres'). Pouco tempo depois, em 20 de dezembro de 1945, a Lei do Conselho de Controle nº 10 também consagrou o homicídio como um crime de lesa-humanidade em seu artigo II.c. De forma similar, o delito de homicídio foi codificado no artigo 5.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos principais criminosos de guerra do Oriente (Estatuto de Tokio), adotado em 19 de janeiro de 1946.

96. A Corte, ademais, reconhece que o Estatuto de Nüremberg exerceu um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como de lesa-humanidade. Este Estatuto proporcionou a primeira articulação dos elementos de referida ofensa, que basicamente foram mantidos desde a sua concepção inicial até a data da morte do senhor Almonacid Arellano, com a exceção de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempos de paz e em tempos de guerra. (...)

97. Por sua vez, o Tribunal Militar Internacional para o Julgamento dos Principais Criminosos de Guerra (adiante 'o Tribunal de Nüremberg'), o

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

qual detinha jurisdição para julgar os crimes estabelecidos no Acordo de Londres, indicou que o Estatuto de Nuremberg 'é a expressão de direito internacional existente no momento de sua criação; e nesse sentido é em si mesmo uma contribuição ao direito internacional'. Com isto, foi reconhecida a existência de um costume internacional, como uma expressão do direito internacional que condenava esses crimes.

(...)

99. Baseando-se nos parágrafos anteriores, a Corte acredita que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor Almonacid Arellano, a prática de crimes de lesa-humanidade, incluindo o homicídio executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, violaria uma norma imperativa do direito internacional. Mencionada proibição de cometer crimes contra a humanidade é uma norma de *ius cogens*, e a punição destes crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral."³³

Assim, quando membros das Forças Armadas e da polícia no Brasil praticavam, nos anos sessenta e setenta, o seqüestro, a tortura, o homicídio e a ocultação de cadáveres, dentro de um padrão de perseguição a qualquer suspeita de dissidência política, essas condutas já eram reputadas pelo direito como crimes contra a humanidade, independentemente do contexto de uma guerra.

É particularmente importante que não se tenha dúvidas quanto à existência de um regime jurídico específico sobre crimes contra a humanidade, vigente antes da perpetração por agentes do governo brasileiro dos graves crimes apontados nesta manifestação. A antijuridicidade da conduta de matar e torturar em larga escala era evidente a qualquer um, mormente após os horrores da Segunda Guerra Mundial e a condenação internacional dos responsáveis.

Note-se que o Brasil firmara tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948) como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, dezembro de 1948). Em ambas consagraram-se princípios constantes do costume internacional, valendo destacar os seguintes:

³³ Tradução livre do texto. Cf. Caso "Almonacid Arellano y otros Vs. Chile". "Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas". Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 95-97 e 99. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

. Declaração Americana:

“Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

(...)

Artigo XXV. (...) Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Artigo XXVI. (...) Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.”

. Declaração Universal:

“Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

(...)

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Outros estatutos voltaram a contemplar o crime contra a humanidade mais recentemente. É o caso do artigo 5 do Estatuto do TPII (25 de maio de 1993)³⁴ e o artigo 3 do Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda (8 de novembro de 1994)³⁵. Finalmente, o artigo 7 do Estatuto de Roma (17 de

³⁴ “ARTIGO 5 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil: homicídio; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; estupro; perseguição política, racial ou por motivos religiosos; outros atos desumanos.” Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>>. Acesso em 24 set. 2007.

³⁵ “ARTIGO 3 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional de Ruanda terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos de nacionalidade ou por razões políticas, étnicas, raciais ou religiosas: homicídio intencional; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; estupro; perseguição política, racial ou por motivos religiosos; outros atos desumanos.” Tradução livre do texto. Disponível em: <[http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955\(1994\)Espanol.pdf](http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955(1994)Espanol.pdf)>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

julho de 1998), que criou o Tribunal Penal Internacional – ratificado e promulgado pelo Brasil em 2002³⁶, – definiu que:

“Crimes Contra a Humanidade

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”³⁷

Percebe-se que, desde o Estatuto do Tribunal de Nüremberg, não há uma tipificação específica e inovadora dos crimes contra a humanidade. O que

³⁶ Cf. Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

³⁷ Tradução livre do texto. Disponível em:

<[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

os caracteriza é a especificidade do contexto e da motivação com que praticados. Tampouco há um rol taxativo de crimes que possam assumir essa qualificação. Qualquer crime grave contra os direitos humanos pode vir a ser reconhecido como atentatório à humanidade, se praticado dentro de um padrão de perseguição a determinado grupo da sociedade civil, por qualquer razão (política, religiosa, racial ou étnica).

A definição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é justamente nesse sentido, pois afirma que **crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz.**³⁸

Analisando os elementos desse conceito, aponta LUCIA BASTOS:

“No âmbito do direito internacional, a categoria dos crimes contra a humanidade é abrangente, mas suficientemente bem definida, pois ela inclui ações que têm em comum as seguintes características: (i) são ofensas particularmente repulsivas, no sentido de que constituem um sério ataque à dignidade humana, uma grave humilhação ou degradação de seres humanos; (ii) não são eventos isolados ou esporádicos, mas sim parte de uma política de governo ou de uma prática sistemática e freqüente de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou incentivadas por um governante ou pela autoridade de fato; (iii) são atos proibidos e podem ser conseqüentemente punidos, independente se tenham sido perpetrados em tempos de guerra ou de paz; (iv) as vítimas do crime devem ser civis, ou no caso de crimes cometidos durante um conflito armado, pessoas que não tenham tomado parte nas hostilidades.”³⁹

Não há a necessidade de consumação de um genocídio. É suficiente que se verifique a prática de apenas um ato ilícito para que consume um crime contra a humanidade: **“um só ato cometido por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz**

³⁸ Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

³⁹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 32.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

consigo responsabilidade penal e individual, e o agente não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável.”⁴⁰ (TPII, caso TADIC)

Por outro lado,

“[d]iferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional; e distintamente do genocídio, eles não estão limitados a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes – pois somente mecanismos internacionais poderiam administrar esse problema”⁴¹.

A razão de ser do conceito de crime contra a humanidade reside, portanto, na necessidade de **não deixar impunes** graves perpetrções de atos desumanos, principalmente quando circunstâncias internas do Estado impedem ou dificultam a responsabilização. Existem vários motivos para que crimes dessa estirpe fiquem sem punição no âmbito do sistema ordinário criminal. O mais comum reside na incapacidade do Poder Judiciário e demais órgãos responsáveis pela persecução penal de agir de modo independente e imparcial em relação aos agentes políticos que determinaram ou participaram (comissiva ou omissivamente) dos atos de violações aos direitos humanos. Com efeito, na vigência ou na seqüência de um regime autoritário é comum a presença na composição das Cortes e dos órgãos de investigação de pessoas que foram investidas em seus cargos pelos governos ditatoriais, permanecendo a eles vinculados. Por outro lado, nos períodos imediatamente subseqüentes às ditaduras, as instituições ainda não se sentem suficientemente fortalecidas para confrontar e investigar o anterior regime, e, muito menos, para aplicar sanções penais aos seus líderes e colaboradores.

⁴⁰ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”. IT-94-1-T. “Opinion and Judgement”. 7 de maio de 1997. Par. 649. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007. Igual entendimento foi posteriormente firmado pelo Tribunal em “Prosecutor v. Kupreskic”. IT-95-16-T. “Judgement”. 14 de Janeiro de 2000. Pár. 550, Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007; e “Prosecutor v. Kordic and Cerkez” 9. IT-95-14/2-T. “Judgement”. 26 de fevereiro de 2001. Par. 178. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/kor-tj010226e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

⁴¹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 33.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ademais, há os casos de alteração do direito positivo interno pelo governo autoritário para tornar seus atos imunes à persecução penal. A estratégia jurídica pode se concretizar de vários modos, tais como: tornando atípicos certos delitos, reduzindo penas, criando excludentes de culpabilidade ou de punibilidade, instituindo auto-anistias etc.

Por esse motivo, o reconhecimento de um crime contra a humanidade implica a adoção de um regime jurídico imune a manobras de impunidade. Diante dos óbices (acima apontados) que se põem à responsabilização através dos instrumentos ordinários do direito penal e processual penal, a prática dos gravíssimos atos de violação sistemática e massiva de direitos humanos⁴² resulta, dentre outras medidas:

- a) na jurisdição universal para o processamento e julgamento dos autores dos crimes, evitando que a omissão do sistema interno de justiça do país em que cometidos possa representar impunidade⁴³;
- b) no afastamento da prescrição (*period of limitation*), permitindo que os crimes sejam apurados e seus autores processados e punidos quando o sistema de justiça tiver retomado plenamente as condições de promover um processo justo;
- c) na desconsideração de leis editadas durante o regime autoritário que beneficiem desproporcionalmente os autores desses crimes, sejam elas de qualquer hierarquia ou natureza, inclusive leis de auto-anistias no âmbito ou não de uma anistia bilateral; e
- d) na proibição de julgamento dos acusados pela Justiça Militar, dada a sua vinculação orgânica com as forças de repressão.

⁴² Um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta toda a humanidade. No caso “Prosecutor v. Erdemovic”, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia indicou que: “[c]rimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima.” Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Erdemovic”. IT-96-22-T. “Sentencing Judgement”. 29 de novembro de 1996. Par. 28. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

⁴³ É o caso, dentre outros, do julgamento pelo sistema de justiça israelense de ex-oficiais nazista (v.g., caso “Eichmann”), bem como do julgamento do ex-ditador chileno Augusto Pinochet pela Justiça espanhola.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Esse regime especial é “um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais”⁴⁴.

Em suma, a persecução penal deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve ser orientada a determinar a verdade real e a permitir o processamento, a prisão, o julgamento e a condenação de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos agentes estatais⁴⁵, sem prejuízo – por óbvio – das garantias processuais dos investigados ou acusados.

Frise-se que a mera passagem institucional de um governo de exceção para um democrático não é suficiente para reconciliar a sociedade e sepultar as violações aos direitos humanos. A denominada Justiça Transicional – conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos ocorridas no bojo de conflitos armados (v.g., guerras civis) ou de regimes autoritários (ditaduras) – implica a adoção de providências tendentes a:

- a) esclarecer a **verdade**, tanto histórica (a que se considera obtida mediante Comissões de Verdade) quanto judicial (apurada no bojo de ações judiciais), procedendo-se à abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;
- b) realizar a **justiça**, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade;
- c) promover a **reparação** dos danos às vítimas;

⁴⁴ Tradução livre do texto. Cf. “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”. Resolução nº 2583 (XXIV), 1834a sessão plenária de 15 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/259/73/IMG/NR025973.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 set. 2007.

⁴⁵ Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149. Par. 148. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007; Caso “Baldeón García Vs. Perú”. Sentença de 06 de abril de 2006. Série C, nº 147. Par. 94. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp3.doc>. Acesso 24 set. 2007; e Caso “de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140. Par. 143. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_ing.doc>. Acesso 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- d) **reformular** institucionalmente **os serviços de segurança**, inclusive as Forças Armadas e os órgãos policiais, para adequá-los à pauta axiológica do regime de um Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos direitos fundamentais; e
- e) instituir espaços de **memória**, para que as gerações futuras possam conhecer e compreender a gravidade dos fatos.⁴⁶

A promoção da verdade, da justiça, da reparação, da memória e da reforma institucional é indispensável para a consecução do objetivo da **não-repetição**. De fato, as medidas de Justiça Transicional são instrumentos de prevenção contra novos regimes autoritários partidários da violação de direitos humanos, especialmente por demonstrar à sociedade que esses atos em hipótese alguma podem ficar impunes. Nesse sentido, reforçam a cidadania e a democracia pela valorização da verdade e da reparação, bem como pelo repúdio à cultura da impunidade e do segredo.

Aliás, é notório que o uso da tortura e da violência como meios de investigação ainda hoje pelos aparatos policiais brasileiros decorre – em grande medida – dessa cultura da impunidade. A falta de responsabilização dos agentes públicos que realizaram esses atos no passado *inspira e dá confiança* aos atuais perpetradores.

É o que confirmaram empiricamente as pesquisadoras KATHRYN SIKKINK e CARRIE BOOTH WALLING: países da América Latina que promoveram ações de responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade cometidos durante as respectivas ditaduras e instituíram Comissões de Verdade possuem, hoje, uma democracia e um respeito aos direitos humanos em patamar mais elevado. E nenhum deles experimentou retrocesso por ter promovido justiça e verdade.⁴⁷

A não responsabilização dos crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil impede, pois, a conclusão da transição à democracia e a consolidação do Estado de Direito.

⁴⁶ Vide BLICKFORD, Louis. *Transicional Justice* (verbete). In *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004. Reproduzido em <<http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2008.

⁴⁷ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impacts of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, v. 44, n° 4, p. 427-445. 2007. Segundo o estudo, “Brazil experienced a greater decline in its human rights practices than any other transitional country in the region.” (p. 437).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

2. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE SÃO IMPRESCRITÍVEIS

É obrigatória a punição, a qualquer tempo, dos autores de crimes contra a humanidade. Trata-se de um princípio de direito inerente à própria definição do crime contra a humanidade, de respeito obrigatório por todos os países por força do costume internacional.

De fato, e conforme já exposto acima, o conceito de crime contra a humanidade integra o costume internacional, especialmente após a confirmação dos princípios do Tribunal de Nüremberg pela Assembléia Geral da ONU, em 1946 (Resolução nº 95 (I)). Esses crimes, dada a sua própria definição, não podem ficar sem responsabilização, ainda que o direito interno de um país possua mecanismos legais que impliquem impunidade.

Conforme consolidou a ONU no Princípio II relativo aos julgamentos do Tribunal de Nüremberg: “O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.”⁴⁸

É possível, portanto, afirmar que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. Esse atributo é essencial, pois a finalidade da qualificação de um crime como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune em decorrência de qualquer fator jurídico ou político.

Essa característica essencial do crime contra a humanidade foi afirmada pela Assembléia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, a saber:

- i. nº 2.338 (XXII), de 1967;
- ii. b) nº 2.391 (XXIII), de 1968;
- iii. nº 2.583 (XXIV), de 1969;
- iv. nº 2.712 (XXV), de 1970;
- v. nº 2.840 (XXVI), de 1971; e
- vi. nº 3.074 (XXVIII), de 1973.

A primeira delas, reconhecendo a natureza da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra, exterioriza a decisão da Assembléia Geral de estabelecer formalmente – mediante convenção específica – esse princípio. Vale destacar um dos seus considerandos:

⁴⁸ Vide item 1 supra.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“*Reconhecendo* que é necessário e oportuno afirmar no direito internacional, através de uma convenção, o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, e assegurar sua aplicação universal”.⁴⁹

Destaque-se que as Resoluções da Assembléia Geral da ONU consolidam o costume internacional sobre a matéria, como observa CARVALHO RAMOS:

“(...) as resoluções da Assembléia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de Direito Internacional dos Direitos Humanos existentes, tendo contribuído também na formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembléia Geral.”⁵⁰

Em 1968 foi então aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. O seu artigo 1º, item 2, dispõe expressamente serem “imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos”, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 (I) e nº 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946.

A elaboração dessa Convenção não representou um “direito novo”, mas sim a formalização escrita de um princípio já então vigente, em procedimento absolutamente corriqueiro no âmbito do direito internacional, conforme aponta ACCIOLY:

“Como prova do direito costumeiro, citam-se atualmente os tratados internacionais que ainda não tenham entrado em vigor ou que não

⁴⁹ Tradução livre do texto. Resolução nº 2.338 (XXII), 1638ª reunião plenária de 18 de dezembro de 1967. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/240/15/IMG/NR024015pdf?OpenElement>>. Acesso em 08 set. 2008. Texto original: “‘*Recognizing*’ that it is necessary and timely to affirm in international law, through a convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application.”

⁵⁰ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

foram ratificados por um Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada.”⁵¹

Assim, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a exteriorização formal de um conceito material que se consolidara através do costume internacional.⁵² Ela **não** inovou no ordenamento jurídico internacional quando tratou da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas sim **codificou** uma norma geral e compulsória decorrente do **costume internacional**.

Em realidade, é evidente que em 1964 fazia parte de qualquer ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito a ilicitude da tortura e outras formas de tratamento cruel, principalmente quando impingidos por agentes estatais. Ao menos desde o final da 2ª Guerra Mundial, quando a humanidade tomou amplo conhecimento das barbáries praticadas pelo governo nazista contra cidadãos do seu próprio país, a inadmissibilidade dessas condutas era parte do *jus cogens*.

Vale, nesse particular, transcrever parcialmente decisão da Justiça do Chile, relativa ao caso CARLOS PRATS, ex-comandante do Exército chileno no governo SALVADOR ALLENDE que, por ordens do governo PINOCHET, foi assassinado juntamente com sua esposa, em 1974, na Argentina, quando lá se encontrava exilado. A decisão foi proferida pelo Ministro de Foro, Don EDUARDO ALEJANDRO SOLIS MUÑOZ, que resultou na condenação de MANUEL CONTRERAS e outros militares. Frise-se que o Chile, assim como o Brasil, não ratificou formalmente a Convenção da ONU de 1968:

“Ainda que a definição de crimes contra a humanidade seja uma criação da Carta Orgânica do Tribunal de Nüremberg, seus antecedentes datam

⁵¹ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45. Vide, ainda, JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, para quem as declarações da Assembléia Geral da ONU podem explicitar normas consuetudinárias existentes, bem como gerar efeito concretizador de novos costumes graças ao apoio dos Estados e ainda estabelecer um efeito indutor de novas práticas costumeiras, fornecendo a *opinio juris* necessária para a consolidação do costume internacional. In *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 39 e seguintes *apud* CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, nota de rodapé 229, p. 102-103.

⁵² Há vários outros tratados ou convenções que representam consolidação de um costume internacional. Aponta MAGALHÃES: “A Convenção de Viena sobre Tratados, que retrata costume internacional de aceitação geral e, por isso, respeitada até por Estados que, a exemplo do Brasil, ainda não a ratificaram, ...” In MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17. Vide, também, p. 59.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

da pré-história do direito, pois podem ser encontrados nas éticas de Sócrates, Platão, Aristóteles, nas de direito natural e justiça de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino ...

(...)

Sua recepção no direito internacional público se constituiu em um avanço para a humanidade pois, mesmo que os crimes contra a humanidade sejam tão antigos quanto ela mesma, sua concepção jurídica é recente e o avanço do mundo civilizado supõe um estado de civilização com a capacidade para reconhecer leis da humanidade e para estabelecer direitos e garantias do ser humano. (...) Esta definição [mais recente de crime contra a humanidade] pretendeu demonstrar o compromisso do mundo civilizado em punir estes delitos, compromisso que se materializou nos tratados internacionais respectivos subscritos por nações do mundo inteiro com a entrega e a posterior punição dos responsáveis por tais atos'. (...)

(...) que, é importante acrescentar, a prescrição foi estabelecida mais por critérios políticos do que por razões dogmáticas, como uma forma de alcançar a paz social e a segurança jurídica. Não obstante, no Direito Penal Internacional, concluiu-se que a paz social e a segurança jurídica são mais facilmente alcançados se se prescindir da prescrição, ao menos quando se trata de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade.

(...) as normas sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e de lesa humanidade confirmam o princípio essencial de que a imputabilidade, o julgamento e a condenação por tais delitos são procedentes, qualquer que seja a época em que tenham sido cometidos.

(...) as características essenciais que delineiam os 'delitos de lesa humanidade' (...) levam como marca intrínseca a sua imprescritibilidade.⁵³ (grifos nossos)

Portanto, pode-se afirmar com tranqüilidade que há um **princípio geral de direito internacional** que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Princípio este integrante do costume internacional, o qual vem sendo reafirmado desde a Resolução nº 2.338, de 1966, da Assembléia Geral da ONU, até o Estatuto de Roma (artigo 29).

⁵³ Tradução livre do texto. Corte de Apelações de Santiago. Caso "Carlos Prats". Rol nº 2.182-98. Decisão de 30 de junho de 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Logo, fica claro que, quando praticados os delitos ora apontados, vigorava no direito internacional o conceito de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Essa norma do direito internacional antecede aos fatos, não havendo risco de se tratar de uma aplicação retroativa de norma mais grave para os autores dos ilícitos.

3. AS NORMAS INTERNACIONAIS QUE TRATAM DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE INTEGRAM O DIREITO BRASILEIRO E DEVEM SER APLICADAS PELO PODER JUDICIÁRIO

O Direito Internacional tem como uma das suas principais características a adoção do **costume internacional como fonte normativa**. Não há qualquer novidade em aplicar o costume internacional como fonte do direito internacional. O costume é “a mais antiga e original fonte do direito internacional”⁵⁴.

A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 38, reconhece que regras de um tratado podem obrigar Estados não firmatários da avença quando for “regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal”⁵⁵.

E mais, que nem mesmo um tratado pode derogar norma consuetudinária imperativa (*jus cogens* consuetudinário), conforme artigo 53:

“Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

Frise-se que a inserção na Convenção de Viena de uma norma escrita reconhecendo a existência do *jus cogens* (normas imperativas

⁵⁴ Tradução livre do texto. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 69.

⁵⁵ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 26 de maio de 1969. Disponível em: <<http://74.125.45.104/search?q=cache:Pv75hy4s8GYJ:www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm+%22conven%C3%A7%C3%A3o+de+viena+sobre+o+direito+dos+tratados%22&hl=pt-R&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

internacionais) significou, ela própria, a positivação de um costume internacional. É o que aponta CORREIA BAPTISTA:

“Deste modo, não se pode senão concluir que a Conferência de Viena de 1968-1969 ao adoptar as posições subscritas pela Comissão de Direito Internacional sobre a existência de um *Ius Cogens* Internacional, mais não fez, salvo em relação a alguns pontos menores quanto ao conceito e regime consagrados, do que codificar Direito Costumeiro há muito vigente. (...)

A maioria dos Estados declararam na Conferência que consideravam que já existiam normas de *Ius Cogens* no Direito Internacional ou esta posição depreende-se das suas declarações [nota: o autor destaca em nota de rodapé que o Brasil foi um desses países]. Outros, sem afirmar a sua pré-vigência, afirmaram aceitar a figura.”⁵⁶

Da mesma forma, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, inciso I, estabelece que o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas são fontes do direito internacional.⁵⁷

Também é rotineiro que um princípio sedimentado através do costume dê origem, posteriormente, a uma declaração, convenção, tratado ou carta, como consolidação formal de seu teor. Ou seja, que o direito consuetudinário seja expresso em normas escritas.

Assim, em diversas situações uma determinada convenção ou tratado não significa a instituição de um “direito novo”, mas sim a confirmação de um princípio geral já consagrado pelo costume internacional. Muitas vezes o tratado, além de formalizar um costume, institui práticas novas de seu controle ou implementação (v.g., comitês de fiscalização, tribunais específicos)⁵⁸. Nesta parte é que se situa o seu caráter de inovação no direito.

⁵⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Ius cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 262 e nota de rodapé 24.

⁵⁷ Original em inglês: “Article 38 - 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;
d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

⁵⁸ Cfr. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 67.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Entretanto, o conteúdo relativo à formalização do costume não traz “direito novo”. Elucidativo é o exemplo dado por CORREIA BAPTISTA com relação à proibição do genocídio:

“Igualmente a liberdade de consciência e a não privação arbitrária da vida tinham fortes raízes no Direito Internacional Costumeiro, embora só violações sistemáticas fossem entendidas como violações deste. Claro está, a proibição do genocídio era integrável nestas. A sua posterior reafirmação como Crime Internacional individual, nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais para a Ex-Jugoslávia e para o Ruanda, mais não fez do que confirmar este seu caráter costumeiro e claramente *ius cogens*.”⁵⁹

Nessas hipóteses, a força normativa não advirá do teor da norma positiva, mas sim dos princípios que originaram o texto escrito e que estavam anteriormente consolidados através do costume internacional. Assim, esses princípios obrigam aos Estados independentemente da ratificação do tratado ou da convenção.

A Corte de Haia, por sua vez, em Parecer Consultivo de 1951 sobre as Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, fixou que o conteúdo material das convenções de direitos humanos são obrigatórios mesmo àqueles Estados que não firmaram o ato convencional: “os princípios subjacentes à Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas e obrigam aos Estados mesmo sem qualquer obrigação convencional.”⁶⁰

A Corte reafirmou esse entendimento, conforme destaca CARVALHO RAMOS:

“Em 1996, também em sede consultiva, a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que *todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados*

⁵⁹ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens' em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 406.

⁶⁰ Tradução livre do texto. No original: “*the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation.*” Cfr. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56 e nota de rodapé nº. 100.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário.*⁶¹

Igual situação ocorreu com a Convenção da ONU de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade: mesmo os Estados que não a ratificaram expressamente (como o Brasil) estão vinculados aos princípios que lhe são subjacentes.

A força normativa dos princípios referentes aos crimes contra a humanidade, independentemente da ratificação da Convenção de 1968, foi também afirmada pela Assembléia Geral da ONU, mediante a Resolução nº 3.074, editada em 3 de dezembro de 1973. Ao apresentar os Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade, declararam as Nações Unidas:

"1. Os crimes de guerra e os **crimes de lesa-humanidade**, onde for ou **qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos**, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as quais existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.

(...)

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradicação e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.⁶²
(grifamos)

Outro instituto extremamente relevante do direito internacional público consiste na existência das chamadas obrigações *erga omnes* dos Estados. Indica CORREIA BAPTISTA:

"A figura das obrigações *erga omnes* compreende-se bem pela contraposição com as obrigações meramente bilaterais [normas

⁶¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

⁶² Tradução livre do texto. Disponível em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>>
. Acesso em 25 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

internacionais que impõem uma obrigação a cada Estado em relação a um outro, (...) frente a frente numa relação bilateral]. (...)

No caso de se tratar de uma obrigação imposta por uma norma universal, o Estado estará vinculado em relação ao todos os restantes Estados existentes. Isto significa que, no caso de violar esta obrigação, praticará um acto ilícito *erga omnes*. Portanto, terá afectado a esfera jurídica de todos os Estados, (...).⁶³

CARVALHO RAMOS aponta que esse conceito foi adotado pela própria Corte Internacional de Justiça:

“A Corte Internacional de Justiça consagrou tal termo [obrigação *erga omnes*] ao utilizá-lo na sentença sobre o caso *Barcelona Traction*. Em passagem memorável dessa sentença a Corte considerou que *apenas as obrigações que protegessem valores essenciais para toda comunidade internacional* poderiam ser consideradas obrigações *erga omnes*.

A Corte reconheceu, então, a existência de obrigações *erga omnes* no Direito Internacional. Para a Corte, tendo em vista a importância de determinados direitos albergados em normas internacionais, todos os Estados da comunidade internacional têm interesse jurídico em sua proteção.”⁶⁴

A obrigação internacional *erga omnes* impõe aos Estados o dever de cumprir as normas imperativas reconhecidas pelo direito internacional (*jus cogens*), sejam elas **consuetudinárias ou convencionais**.⁶⁵

Releva destacar que **normas internacionais relativas aos direitos humanos são reconhecidas como integrantes do *jus cogens* e, destarte, de observância obrigatória por todos os Estados**. No dizer da Corte Internacional de Justiça: são **valores essenciais** para toda a comunidade internacional.

Assim, “(...) as normas internacionais, sejam costumeiras, sejam convencionais, que tutelem direitos humanos, impõem obrigações *erga omnes*

⁶³ BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Ius cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 288. O texto entre colchetes é do próprio autor, transcrito de outro parágrafo da mesma página.

⁶⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

⁶⁵ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Ius cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 291, citando decisão da Corte Internacional de Justiça.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

mediatas aos seus destinatários”⁶⁶. Ou, como salienta SYLVIA STEINER, a nenhum Estado é dado “olvidar a natureza imperativa das normas de proteção à pessoa, normas essas que, ao lado de princípios como *pacta sunt servanda*, integram o chamado *jus cogens*, normas obrigatórias que não admitem derrogação, produzindo efeitos *erga omnes*”⁶⁷.

Ora, o conceito de crime contra a humanidade e o dever de promover a responsabilização de seus autores consolidou-se no costume internacional (item 1 supra). E, por se tratar de norma consuetudinária relativa a direitos humanos de aplicação universal, integra o *jus cogens* e caracteriza uma obrigação *erga omnes* aos Estados. O Brasil, portanto, está vinculado internacionalmente a esse conceito e tem o dever inderrogável de promover a responsabilização criminal dos autores de tais delitos, a qualquer tempo.

Note-se que não se cuida de um preceito internacional que demande incorporação formal (via ratificação) ao direito interno brasileiro para poder ser aplicado em conjunto com o direito interno. Isto porque as cláusulas das Constituições brasileiras atual e anteriores, que regulam a incorporação formal de tratados internacionais – inclusive de direitos humanos –, não se aplicam aos costumes internacionais.

Primeiramente, em se tratando de norma decorrente de costume internacional, é evidente que ela não surge de um documento escrito que possa ser ratificado. Não há, portanto, como se falar em um processo de incorporação ao direito interno pelas vias formais previstas nas Constituições.

Em segundo lugar, o “costume internacional resulta de uma prática geral e consistente dos Estados, que a seguem a partir de um senso de obrigação legal”⁶⁸. Assim, o costume decorre da existência de um consenso na comunidade internacional sobre o conteúdo de determinada norma. O Brasil, como membro dessa comunidade, participa dessa prática e se obriga a respeitá-la. Haveria, pois, uma insuperável incoerência lógica se admitirmos que o país participa da formação do costume, mas não estaria a ele vinculado por inexistir sua ratificação formal.

⁶⁶ BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Jus cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 397, na qual cita, na nota de rodapé 8, que esta “posição hodiernamente pode ser considerada praticamente pacífica”, diante do teor do parágrafo 4 da Declaração de Viena de 1993 da Conferência Mundial dos Direitos Humanos e do projeto de responsabilidade internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU.

⁶⁷ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

⁶⁸ Tradução livre do texto. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 70.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Lembre-se que esse “senso de obrigação legal” em relação aos crimes contra a humanidade, estava presente até mesmo entre os agentes estatais brasileiros. Tanto é assim que os autores desses delitos sempre cuidaram de negar a existência dos crimes, ou de mascarar sua ocorrência, por meio de versões de suicídios, atropelamentos e outros artifícios, para ocultar a horrenda e desumana prática de que se utilizavam rotineiramente em relação aos suspeitos de dissidência política. Ou seja, eles estavam plenamente cientes da gravidade e da possibilidade de punição de seus atos.

Em conseqüência, quando se trata de uma norma internacional consuetudinária integrante do conjunto de normas imperativas (*jus cogens*) é irrelevante a discussão sobre a aplicação da teoria monista ou dualista de incorporação de preceitos internacionais. Nesses casos, há uma relação direta de incorporação e convivência entre o direito internacional consuetudinário e o direito interno brasileiro.

Não é necessário considerar a revogação ou derrogação de normas positivas locais, mas sim a aplicação do direito internacional consuetudinário sempre que o fato *sub judice* tenha repercussão no cumprimento de uma obrigação internacional vinculante do Estado brasileiro, como ocorre nas hipóteses das obrigações *erga omnes*.

Como bem aponta 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 interferem 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.**”⁶⁹

Esse entendimento tem sido, aliás, adotado sem dificuldades pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que em diversas ocasiões utilizou o **costume internacional** para resolver lides que no direito interno encontrariam

⁶⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 16-17; grifos são nossos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

solução distinta. A Corte vem reconhecendo a força normativa do costume internacional, em conjunto com o direito interno brasileiro.

É o que ocorre, por exemplo, com o admissão da imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros. Nem o direito positivo interno do Brasil, e tampouco algum texto de convenção ou tratado, regulamentam sua aplicação. A suprema Corte brasileira, em 1973, decidiu que essa **imunidade valia no Brasil por força do costume internacional e impedia o exercício do direito de ação regulado no direito interno.**

Como razão de decidir, foram adotadas as ponderações de FRANCISCO REZEK, então Procurador-Geral da República, *verbis*:

“Tem-se, pois, que a imunidade daquele Estado (Japão) à jurisdição doméstica não resulta da convenção de Viena, mas de uma das mais sólidas regras costumeiras de Direito das Gentes. Nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra Nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local.” (RE 56.466/DF, Rel. Min. BILAC PINTO, Pleno, RTJ 66/727)⁷⁰

Há outro precedente de extrema relevância, decorrente de um litígio entre os Estados da Síria e do Egito relativamente à propriedade de um imóvel situado no Brasil. Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, o foro brasileiro seria o único competente para decidir a questão (competência exclusiva para ações relativas a imóveis no Brasil). O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, porém, entendendo que **a lei brasileira não poderia ser aplicada sem a consideração do COSTUME INTERNACIONAL, terminou por decidir pela prevalência das normas decorrentes do direito internacional público consuetudinário que garantem imunidade jurisdicional ao Estado-réu.** Assim, foi afastada a regra do direito interno em favor da norma costumeira internacional (ACO 298-DF, Pleno, maioria, Rel. para o acórdão Min. DECIO MIRANDA. RTJ 104/889).

Nesse julgamento, do parecer da Procuradoria-Geral da República, de lavra de FRANCISCO REZEK, extrai-se também a seguinte passagem:

“A perspectiva, a meu ver indiscutível, de que a questão material se deva equacionar à luz do Direito das Gentes, em nada interfere na competência do foro. Afinal, todo juiz singular, em qualquer ponto do território pátrio, pode ser levado a aplicar **direito estrangeiro**, caso configurado uma daquelas situações por conta das quais se construiu a

⁷⁰ Em igual sentido, o julgado publicado na RTJ 104/990.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ciência do direito internacional privado. **A fortiori**, pode essa alta Corte julgar à base do direito internacional público, que não se confunde com o direito interno – ao menos à vista do seu modo de produção –, mas que também, decididamente, não pode ser qualificado como direito estrangeiro.” (os grifos são do original, mas o sublinhado é nosso)

Em 1989 o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL voltou a decidir com base no costume internacional. Tratava-se, nesse caso, de ação trabalhista contra representação diplomática da República Democrática da Alemanha e, considerando que o costume relativo à imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros sofrera alteração (tornando relativa e restrita a imunidade), determinou o processamento da ação (RTJ 133/159, AC 9.696/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Pleno, unânime).

No caso da proteção internacional de direitos humanos de origem extraconvencional (ou seja, baseada em diplomas normativos que não são tratados internacionais), a própria Constituição brasileira permite, em virtude de sua ampla referência à dignidade humana, ao Estado Democrático de Direito e à proteção de direitos, que estes diplomas sejam aplicados internamente.

Como exemplo deste diálogo direto entre o ordenamento interno e as categorias normativas internacionais de direitos humanos que não são tratados, cabe citar algumas passagens paradigmáticas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- 1) ADIn nº 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (menção à Declaração Universal de Direitos do Homem);
- 2) HC nº 81.158-2, Relatora Min. Ellen Gracie (menção à Declaração Universal dos Direitos da Criança – 1959);
- 3) HC nº 82.424-RS, Relator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa (Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial no parágrafo 47 do voto do Min. Maurício Corrêa);
- 4) RE nº 86.297, Relator Min. Thompson Flores (menção à Declaração Universal dos Direitos do Homem); e
- 5) ADIn nº 3.510, Relator Min. Carlos Britto (menção à Declaração Universal sobre Bioética no voto do Min. Ricardo Lewandoswki).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No voto do Min. RICARDO LEWANDOSWIKI na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 (Rel. Min. CARLOS BRITTO) ficou assente o dever dos três Poderes brasileiros de cumprir os comandos de resoluções de direitos humanos oriundas de Organização Internacional da qual o Brasil é parte.

No caso, tratava-se da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Nas palavras do Ministro:

“O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar conseqüência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.” (grifo nosso)

Não bastasse a vinculação do Brasil aos costumes internacionais por força da sua participação na comunidade internacional, é preciso recordar que o ordenamento jurídico interno possui norma expressa reconhecendo a força normativa e vinculante dos princípios gerais do direito humanitário.

De fato, o Brasil reconhece o caráter normativo dos “princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública” desde 1914, quando ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre⁷¹, firmada em Haia em 1907⁷². Ainda que tal preceito tenha sido veiculado no bojo de uma Convenção relacionada ao direito humanitário em período de guerra, trata-se de uma norma geral. Ademais, tendo em vista a aproximação entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, ambos regidos por premissas de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, os parâmetros normativos interagem e convergem para um padrão único de concretização, conforme as lições de CANÇADO TRINDADE e CELSO LAFER⁷³.

⁷¹ Decreto nº 10.719/14 que aprovou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre.

⁷² Introdução à Convenção. Original em inglês: “*Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.*” Disponível em: <<http://www.cicr.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>>. Acesso em 28 nov. 2007.

⁷³ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados,

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assim, desde o início do século passado (muito antes da instituição da ditadura militar no Brasil) o sistema normativo brasileiro reconhece expressamente o valor vinculante dos princípios internacionais do direito das gentes.

Em outras palavras, o direito interno positivo brasileiro possui dispositivo expresso no sentido de reconhecer força vinculante aos princípios gerais do direito internacional (princípios *jus gentium*).

Logo, sob variados ângulos constata-se a existência de um princípio geral, de um costume e de uma obrigação *erga omnes* internacional que consolidam o conceito de crime contra a humanidade e determinam a efetiva punição dos seus autores, a qualquer tempo.

Elucidativa, nesse sentido, decisão proferida pela Suprema Corte da Argentina, em 13 de julho de 2007, através da qual – reiterando precedentes – foi apreciada a validade de decreto de indulto a perpetradores de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar que vigorou naquele País:

“10) (...) o direito internacional humanitário e dos direitos humanos, em diversos tratados e documentos prescreve a obrigação por parte de toda a comunidade internacional de ‘perseguir’, ‘investigar’ e ‘sancionar adequadamente os responsáveis’ por cometer delitos que constituem graves violações aos direitos humanos.

11) Que corresponde agora, preliminarmente, esclarecer porque tais obrigações derivadas do direito internacional resultam de aplicação peremptória na jurisdição argentina. Nesse sentido, cabe recordar que a Carta da ONU marca o nascimento de um novo direito internacional e o final do velho paradigma do modelo de Westfalia difundido três séculos antes, depois do final da anterior guerra européia dos trinta anos. O direito internacional se transforma estruturalmente, deixando de ser um sistema prático, baseado em tratados bilaterais *inter pars*, e convertendo-se em um autêntico ordenamento jurídico supra-estatal: já não é um simples *pactum associationis*, senão também, um *pactum subiectionis*. No novo ordenamento passam a ser sujeitos de direito internacional não somente os Estados, senão também os indivíduos e os povos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trota, 1999, pág. 145’; no mesmo sentido ver também ‘Lea

1996, p. 59. LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 81-82.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991' e o informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos referente ao efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - arts. 74 e 75, 'Opinión Consultiva OC 2/82, Serie A N^a 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29')."

E conclui:

"15) Que, por conseguinte, a consagração positiva do direito das gentes na Constituição Nacional permite considerar que existe um sistema de proteção de direitos que resulta obrigatório independentemente do consentimento expresso das nações que vincula e que é conhecido atualmente dentro deste processo evolutivo como *ius cogens*. Trata-se da mais alta fonte do direito internacional que se impõe aos estados e que proíbe a prática de crimes contra a humanidade, inclusive em épocas de guerra. Não é suscetível de ser derogada por tratados em contrário e deve ser aplicada pelos tribunais internos dos países independentemente de sua eventual aceitação expressa (*In re: 'Arancibia Clavel'* - Fallos: 327:3312 - considerandos 28 e 29 dos juízes Zaffaroni e Highton de Nolasco; 25 a 35 do juiz Maqueda e considerando 19 do juiz Lorenzetti em 'Simón').

16) Que é possível assinalar que existia, na data da prática dos atos referidos, uma ordem normativa formada por tais convenções e pela prática consuetudinária internacional, que considerava inadmissível a prática de crimes contra a humanidade executados por funcionários do Estado e que tais fatos deviam ser castigados por um sistema repressivo que não necessariamente se adequara aos princípios tradicionais dos estados nacionais para evitar a reiteração de tais aberrantes crimes (considerando 57 do voto do juiz Maqueda *in re: 'Arancibia Clavel'* - Fallos: 327:3312-)." ⁷⁴

A toda evidência, e diante das mesmas premissas dogmáticas, esse entendimento se aplica ao direito penal brasileiro.

⁷⁴ Tradução livre do texto. Caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; M.2334.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad y M.2335.XLII 'Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad". Julgado em 13 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.derecho-comparado.org/sentencias/argMazzeoCorte.htm>>. Acesso em 04 out. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Também a Corte Européia de Direitos Humanos se pronunciou nesse sentido, com relação aos crimes contra a humanidade cometidos na Estônia em 1949 (caso KOLK Y KISLYIY ajuizado perante a Corte por August Kolk e Petr Kislyiy).

Nesse caso, seguindo as normas ordinárias do direito interno, já se teria consumado a prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, o Tribunal da própria Estônia considerou que os atos imputados aos réus caracterizavam crimes de lesa-humanidade, o que impunha ao Judiciário local aplicar o regramento específico desses delitos, fixados na jurisprudência internacional. Kolk e Kislyiy foram condenados pelo Tribunal da Estônia e, inconformados por considerarem que essa decisão judicial violava direitos subjetivos individuais protegidos pelo próprio direito internacional, recorreram à Corte Européia de Direitos Humanos. Para a Corte, mesmo que os atos cometidos estivessem aparentemente protegidos pelas leis internas daquele País à época do fato, o Judiciário da Estônia corretamente aplicou os preceitos do direito internacional, pois suas condutas constituíam crimes contra a humanidade:

“[Kolk e Kislyiy] assinalaram que os atos praticados ocorreram no ano de 1949 no território da [República Socialista Soviética de] Estônia. Naquele momento, era aplicável naquele território o Código Criminal de 1946 da República Socialista Federal Russa. Este código não incluía crimes contra a humanidade. A responsabilidade por crimes contra a humanidade somente foi estabelecida na Estônia em 09 de novembro de 1994, quando o Código Penal da Estônia foi emendado em seu artigo 61-1. E, de acordo com o artigo 23 da Constituição da Estônia combinado com o artigo 2º, parágrafo 1º, do Código Penal, ninguém poderia ser condenado sem que a lei caracterizasse a conduta como crime.

Os acusados argüiram que a deportação das famílias não foi realizada antes ou durante a guerra, bem como que a prática não se submete à jurisdição do Tribunal de Nüremberg. Alegam também que os atos não foram realizados em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra. A Corte Interna, portanto, teria, erroneamente, classificado os atos como crimes contra a humanidade. (...)

A Corte [julgadora] afirma que a deportação da população civil está expressamente reconhecida pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg de 1945 como um crime contra a humanidade (artigo 6 (c)). Ainda que o

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Tribunal de Nüremberg tenha sido estabelecido para processar e julgar os principais criminosos de guerra dos países do Eixo pelos delitos cometidos antes ou durante a Segunda Guerra Mundial, a Corte afirma que a validade universal dos princípios que tratam dos crimes contra a humanidade foi corroborada pela Resolução nº 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (11 de dezembro de 1946) e pela Comissão de Direito Internacional. Conseqüentemente, a responsabilidade por crimes contra a humanidade não pode ser limitada unicamente a nacionais de alguns países e unicamente a atos cometidos no marco temporal da Segunda Guerra Mundial. (...)

A Corte assevera que ainda que os atos cometidos [por Kolk e Kislyiy] fossem considerados lícitos em relação às leis soviéticas naquele momento, as cortes da Estônia os consideraram crimes contra a humanidade a partir dos preceitos do direito internacional. E a Corte não vislumbra motivos para uma conclusão diversa. (...)

Portanto, a Corte considera que as alegações dos recorrentes não têm bases suficientes para demonstrar que suas condutas não se enquadram dentro da definição de crime contra a humanidade (...).

Ademais, nenhuma prescrição restritiva pode ser aplicada aos crimes contra a humanidade, independentemente da data da prática da infração. (...) **A Corte não encontra razão alguma para discutir a interpretação e aplicação da lei interna que as cortes da Estônia efetuaram à luz do direito internacional pertinente.** Em suma, tem-se que [as] alegações [dos petionários] são manifestamente infundadas e devem ser rejeitadas.⁷⁵ (negritamos)

É de se concluir, portanto, que as normas do direito internacional costumeiro, relativas ao crime contra a humanidade – e sua imprescritibilidade –, fazem parte do direito brasileiro e interagem com as normas de direito penal postas pelo legislador doméstico. Essas normas vigem desde antes do início da ditadura militar, dada a anterioridade da Resolução nº 2.338, de 1967, e da Resolução nº 95, de 1946.

Não há qualquer inovação *post facto* na aplicação contemporânea dos princípios e regras do direito internacional como parte integrante do direito

⁷⁵ Tradução livre do texto. Caso “Kolk and Kislyiy v. Estonia”. Julgado em 17 de janeiro de 2006. Processos nº 23052/04 e 24018/04. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kolk&sessionid=2332619&skin=hudoc-en>>. Acesso em 25 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

interno brasileiro, pois – em qualquer hipótese – os critérios que (a) qualificam uma conduta como crime de lesa-humanidade e (b) retiram a possibilidade de contagem de prazo prescricional, são anteriores à prática do ilícito. Não se trata de tornar imprescritível o que antes era prescritível, mas sim de reconhecer que – por força do *jus cogens* do direito internacional –, antes mesmo da instauração da ditadura militar em 1964, já vigorava no direito brasileiro a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Nem se alegue que a matéria reclamaria estrita legalidade. Este princípio fundamental está inscrito no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição em teor bem claro: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Essa regra será totalmente observada na eventual ação penal, pois tanto o crime que se pretende seja punido, como a pena que se espera seja aplicada, estavam previstos no direito interno positivo muito antes da ocorrência do fato.

A prescrição, por sua vez, não é garantia constitucional (como será adiante reforçado) e não há comando na lei fundamental que vincule o seu regime geral a normas exclusivamente positivas do direito interno. Ainda que seja um instituto de direito material penal, pode estar prevista em outras fontes normativas, inclusive o direito internacional convencional ou costumeiro.

III – IMPRESCRITIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A prescrição penal não é garantia fundamental constitucional. A Constituição brasileira em momento algum estabeleceu um regime geral para a prescrição, tampouco a estipulou como valor objetivo fundamental. Ao contrário, tratou de demonstrar que existem crimes para os quais é inadmissível a aplicação do instituto da prescrição (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

O instituto da prescrição é do plano normativo ordinário. É da discricionariedade do legislador definir sua ocorrência, prazos, fluência etc.. No caso dos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional democrática o constituinte, porém, restringiu essa competência do Congresso Nacional, impedindo-o de fixar essa causa de extinção da punibilidade.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Aliás, ocorreu o mesmo em relação à concessão de graça ou anistia nos crimes hediondos, de prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo. Essas causas de extinção da punibilidade também não têm sede constitucional. Não é porque a Constituição ressalvou sua aplicação em relação a determinados crimes que, *contrario sensu*, são institutos de aplicação obrigatória para todos os demais ilícitos penais.

Assim como a graça e a anistia não são direitos fundamentais, a prescrição não é uma garantia constitucional. Todos esses institutos são instrumentos de política criminal.⁷⁶

No máximo, o controle constitucional pertinente à prescrição refere-se ao devido processo legal substantivo, mediante juízo de razoabilidade e proporcionalidade das normas que definem sua aplicação. E, nesse particular, a gravidade inerente aos crimes de guerra e contra a humanidade, e a especial circunstância de serem, em regra, delitos praticados por agentes estatais, são elementos justificadores do tratamento especial. É razoável e proporcional que esses delitos – que atingem toda a humanidade e tendem a quedar-se impunes por decorrência de ingerências políticas – não se submetam aos critérios ordinários de esquecimento pelo tempo.⁷⁷

Esse é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, fixado no Recurso Extraordinário nº 460.971/RS, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em acórdão que, na parte pertinente a este tema, estabelece:

“II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C. Pr. Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96.

1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal.

⁷⁶ Em igual sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou que também o indulto é “instrumento de política criminal”, não existindo inconstitucionalidade em norma legal que exclui determinados condenados do rol de potenciais beneficiários do ato. *Informativo STF 486* (HC 90.364/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 31/10/07).

⁷⁷ Cfr. GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. O autor anota que está ultrapassada qualquer interpretação de reserva constitucional formal para o tema da prescrição, residindo o cerne da questão no aspecto material, à luz da “(...) necessidade de aplicação de sanções penais com função protetiva de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais”.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C. Pr. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, 'do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.'" (grifos nossos, julgado em 13/02/2007; 1ª Turma, unânime)

Portanto, não há reserva constitucional sobre o tema da prescrição. Normas infra-constitucionais são aptas a conformar esse instituto.

É, pois, no plano da lei federal ordinária que se estabelece efetivamente a amplitude da prescrição, nada obstando que o legislador ordinário defina outros crimes – além daqueles apontados na Constituição – em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais, ou os benefícios da graça, do indulto e da anistia.

Dessa forma, independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno⁷⁸, as disposições internacionais que levam à qualificação dos crimes praticados pela ditadura brasileira como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis (as quais são de observância obrigatória pelo Brasil), são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição.

Em outras palavras, o Código Penal, ao regular genericamente a prescrição, não afasta as normas especiais que vigoram no sistema internacional e que fixam o dever estatal de responsabilização por crimes contra a humanidade a qualquer tempo. A regra internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade prepondera, como regra especial, em relação aos prazos de prescrição fixados na lei penal ordinária, aplicáveis aos delitos comuns.

⁷⁸ Como se sabe, há diversas correntes sobre o tema. As normas internacionais de direitos humanos, conforme a doutrina aplicável, são consideradas como supraconstitucionais, constitucionais, supralegais ou legais.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Pode-se afirmar, portanto, que o direito penal brasileiro viu introduzido em seu sistema o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, através do costume internacional.

Nem se alegue que toda essa normatização estaria no plano da legislação ordinária, anterior à Reforma Penal de 1984, e que, portanto, mesmo fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro, teria sido revogada naquela ocasião. Não é demais lembrar que tal Reforma teve caráter genérico, não sendo apta a derogar normas especiais, ainda que introduzidas a partir do direito internacional. É o que apontou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: “(...) o estabelecido pela Convenção constitui lei especial, que não se afasta pela edição de outra, de caráter geral. As normas convivem, continuando as relações, de que cuida a especial, a serem por ela regidas.” (REsp 58.736 - MG)

Essa matéria, aliás, ganhou contornos mais bem definidos diante da tendência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de reconhecer às normas de direito internacional de direitos humanos uma hierarquia supralegal, ou seja, intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Em julgamento ainda não concluído (porém com maioria já formada), o Min. GILMAR MENDES assim expôs a questão:

“Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante *‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’*. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”⁷⁹

Nesse contexto, as normas de direito internacional que definem os crimes de lesa-humanidade e fixam a sua imprescritibilidade têm caráter supralegal, prevalecendo em relação ao Código Penal brasileiro, independentemente se anteriores ou posteriores a este. E, apenas para espancar qualquer dúvida, é importante assinalar que a disciplina geral de prescrição constante do Código Penal brasileiro admite disposições em contrário oriundas de normas específicas, ainda que anteriores à Reforma Penal de 1984, como por exemplo a Lei de Falências, a Lei de Imprensa etc.

Vale ressaltar, aliás, que não só o direito internacional dos direitos humanos impõe a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Também a nossa Constituição de 1988 assim o requer. Na realidade, há óbice constitucional a qualquer possibilidade de afastar, por decurso de tempo, pretensões relativas ao conhecimento e accertamento de graves atos de violação a direitos humanos. É o que já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no histórico julgamento do caso ELLWANGER (embora relativo ao crime de racismo, as premissas são pertinentes a quaisquer outras graves violações de direitos humanos):

“15. ‘Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento’. No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.” (Pleno, HC 82.242/RS, Rel. para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 17/09/03)

Portanto, podemos constatar que: (a) a prescrição não é uma garantia constitucional; (b) compete ao direito ordinário estabelecer

⁷⁹ RE nº 466.343-1 – SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

efetivamente a sua amplitude, nada obstando que defina outros crimes – além daqueles apontados na Constituição – em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais; e (c) crimes graves contra os direitos humanos, tais como racismo, genocídio e crimes contra a humanidade, são necessariamente imprescritíveis, por força da própria Constituição e dos princípios gerais de direito internacional consolidados através do costume.

IV – DA LEI DE ANISTIA

1. A LEI Nº 6.683/79 NÃO ALCANÇOU OS CRIMES PRATICADOS POR AGENTES DO ESTADO

É fato que, ainda sob o governo militar – no bojo do qual foram cometidos os crimes de lesa-humanidade –, foi editada a Lei nº 6.683/79, denominada Lei de Anistia. Seu teor é o seguinte, na parte relativa à matéria penal:

“Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, ...

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.”

Percebe-se, da simples leitura dos dispositivos legais, que não se previu no mencionado diploma legal a expressa concessão de anistia a crimes cometidos por agentes do Estado. Lembre-se que essa Lei, dada a ausência de processo democrático e de autonomia do Congresso Nacional, foi praticamente outorgada pelo governo militar. Logo, esse governo poderia ter instituído, ostensivamente, uma anistia para os seus agentes envolvidos na repressão à dissidência política. Assim não o fez, porém.

Entretanto, firmou-se no imaginário nacional uma assertiva de que a anistia teria sido bilateral, ou seja, compreenderia tanto os crimes praticados por dissidentes políticos, como aqueles cometidos pelos agentes da repressão. Neste item, procede-se a uma análise do conteúdo da Lei de Anistia, para

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

demonstrar que não houve a produção de qualquer norma da qual se pudesse extrair o benefício aos agentes estatais que praticaram crimes na repressão à dissidência política.

Com efeito, a leitura da íntegra do artigo 1º prevê a concessão do benefício da anistia para (a) crimes políticos, (b) crimes conexos aos políticos e (c) crimes eleitorais.

De plano afasta-se a possibilidade de serem os crimes dos agentes estatais da repressão crimes eleitorais, matéria da qual não se trata.

Assim, resta pesquisar se esses podem ser caracterizados como crimes políticos, ou crimes conexos a estes.

a) Figura principal do *caput* do artigo 1º: crimes políticos próprios

O primeiro passo é definir o significado da expressão “crimes políticos” constante do *caput* do artigo 1º.

Conforme já definiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, crimes políticos são aqueles praticados com motivação política (elemento subjetivo) e em face de bens jurídicos da ordem política (elemento objetivo). Ou seja, a caracterização do crime político reclama que a motivação e o bem jurídico violado sejam de natureza política.

É o que referiu o Min. CELSO DE MELLO, em voto-vista no Recurso Extraordinário nº 160.841-2-SP (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, unânime, j. 3/8/95):

“A natureza política do ilícito há de ser aferida em função não só da motivação e dos objetivos do agente, mas, sobretudo, em face da **concorrente** identificação da existência de lesão real ou potencial a determinados bens jurídicos expressamente definidos pela Lei n. 7.170/83.

A **conjugada** interpretação dos arts. 1º e 2º desse estatuto legal permite asseverar, para a efetiva qualificação de um fato ilícito como crime de natureza política, que não basta – como adverte a doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, ‘**Novas Questões Criminais**’, p. 17, 1003, Saraiva) – ‘a sua simples prática, **exigindo-se dois requisitos**, um de ordem subjetiva, concernente aos motivos determinantes do agente (político), e outro de natureza objetiva, referente à lesão efetiva ou potencial derivada da conduta (grifei).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dentro dessa perspectiva, mesmo que se evidenciem a motivação e os objetivos políticos, **ainda assim impor-se-á**, para que se concretize a configuração jurídica do delito político, que o comportamento infracional do agente provoque uma situação de ofensa real ou potencial à integridade territorial e à soberania nacional **do Brasil**, ou ao regime representativo e democrático, à Federação e ao Estado de Direito, **tais como prevaletentes em nosso País**, ou, finalmente, à pessoa dos Chefes dos Poderes da União Federal brasileira.” (grifos e destaques são do original).

Com efeito, essa exigência – de concomitante presença dos elementos subjetivo e objetivo para caracterizar o crime político próprio – está claramente estampada nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.170/83. Muito embora essa não seja a Lei de Segurança Nacional em vigor ao tempo da outorga da anistia, o conceito ali fixado corresponde à teoria mista, já então adotado pela doutrina majoritária e pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Esse conceito de crime político é constitucional e perpassa todas as legislações ordinárias que tratam do tema.

Assim, crimes políticos puros (ou próprios) são crimes praticados **contra o Estado, por motivação política.**

Ora, os crimes praticados pelos agentes estatais na repressão à dissidência política não visavam atingir o Estado. Ao contrário, objetivavam “protegê-lo” contra os que pretendiam abalar o seu poder. Assim, suas condutas não preenchem o requisito objetivo qualificador do crime político, ou seja, não provocavam danos a bens jurídicos da organização política do Estado. Logo, não foram anistiados na forma do *caput* do artigo 1º.

b) A figura do § 1º - crimes conexos a crimes políticos

Cabe, neste momento, apurar se os delitos praticados pelos agentes da repressão estatal durante a ditadura militar podem ser considerados crimes conexos aos crimes políticos. Para tanto, é indispensável definir quais crimes conexos foram abrangidos pelo benefício.

O comando legal diz expressamente que se consideram conexos “(...) os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Dada a má redação do dispositivo, instaurou-se controvérsia sobre o alcance da norma: foram anistiados (a) os crimes conexos aos crimes políticos, de qualquer natureza, praticados com motivação política, ou (b) todo e qualquer crime praticado com motivação política?

c) Inexistência de anistia a todos os crimes praticados por motivação política

A interpretação no sentido de que todo e qualquer crime cometido com motivação política seria conexo a um crime político é inadmissível!

Ela representaria uma suposta anistia a todos e quaisquer crimes praticados por **motivação política**. Ora, se assim fosse, não haveria nenhuma utilidade na figura principal da lei, que consiste na anistia a crimes políticos. Estes, como visto, são delitos que precisam preencher dois requisitos: atentar contra um bem jurídico estatal e ter sido praticado com motivação política. Se a norma do parágrafo fosse capaz de anistiar todos os crimes praticados **apenas** como motivação política, seu teor esvaziaria todo o sentido do *caput*.

Crime com motivação política é o denominado crime político impróprio, ou relativo, como elucida o Min. CELSO DE MELLO (Extradição nº 1.008 / República da Colômbia, Rel. Min. GILMAR MENDES j. 21/3/2007, Pleno, unânime):

“A noção de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a um dualismo conceitual, que distingue, de um lado, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, de outro, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). Aquele, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘op. cit.’ [Comentários à Constituição Brasileira, 5ª ed., 1984, Saraiva], p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ‘Princípios Básicos de Direito Penal’, p. 135, item n. 119, 3ª Ed., 1987, Saraiva, ‘*inter plures*’); este – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, projeta-se em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de índole comum.”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Logo, o crime político impróprio é aquele em que está ausente o elemento objetivo (dano a um bem estatal político), mas presente o elemento subjetivo (motivação política).

Vale dizer, motivação política é o elemento subjetivo do crime político. Mas não é sua característica bastante, pois este somente se caracteriza, em sentido próprio, quando presente concomitantemente o dano potencial ou abstrato ao Estado.

Desse modo, se tivessem sido anistiados todos os crimes praticados com motivação política no País, seria absolutamente despiciendo referir o concomitante benefício aos crimes políticos, pois estes já estão compreendidos nos delitos praticados com motivação política. Nessa absurda hipótese, a anistia prevista no parágrafo seria mais ampla do que a figura principal que consta da cabeça do artigo.

É incabível buscar uma interpretação que amesquinhe a proposição principal da norma (a anistia aos crimes políticos puros) para tentar construir tese de que o acessório (crimes conexos com motivação política) seria a regra preponderante. Repita-se: a norma do parágrafo estaria transformando em letra morta a previsão de anistia a crimes políticos da cabeça do artigo, pois a figura “crimes praticados com motivação política” necessariamente acolhe em seu âmbito os “crimes políticos” puros.

É evidente que o comando normativo do § 1º não pode ter conteúdo mais abrangente do que o do *caput*. Essa artificial interpretação não sobrevive aos mais básicos princípios da hermenêutica jurídica.

Assim, é impertinente qualquer interpretação no sentido de terem sido anistiados todos os crimes praticados com motivação política (crimes políticos em sentido impróprio). A Lei nº 6.683/79 NÃO anistiou todos os crimes praticados com motivação política.

d) Os crimes, de qualquer natureza, materialmente conexos ao delitos políticos puros, praticados com motivação política, foram anistiados

Demonstrado que não ocorreu anistia ampla para todos os crimes praticados com motivação política, é relevante definir quais crimes conexos aos crimes políticos gozaram do benefício.

Aqui a resposta não pode ser outra: o motivo do parágrafo ter trazido à baila a figura do crime político impróprio foi delimitar os crimes “de

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

qualquer natureza” conexos aos políticos que seriam anistiados, conforme previsto no *caput*.

Assim: **foram anistiados, além dos crimes políticos e eleitorais, os crimes de qualquer natureza praticados com motivação política conexos aos crimes políticos.** Essa é, com a devida vênua, a interpretação sistemática que dá sentido ao conjunto normativo.

Vale dizer, a expressa referência a crimes praticados com motivação política conexos a crimes políticos teve o condão de deixar claro que **a anistia também se aplicava aos crimes políticos mistos ou relativos, se e quando conexos a um crime político puro.** *Contrario sensu*, o comando do § 1º deixou acima de qualquer dúvida que o *caput* do dispositivo referia-se apenas aos crimes políticos em sentido próprio, pois os meramente impróprios (crimes com motivação política) foram anistiados somente quando conexos àqueles.

A análise desse dispositivo revela, também, que apenas os crimes materialmente conexos com os crimes políticos foram anistiados. Os delitos apenas instrumentalmente conexos foram excluídos. Senão vejamos.

A conexão no direito penal e processual penal pode ser de duas espécies: material ou processual. Como sintetiza JULIO MIRABETE:

“Na doutrina, distingue-se conexão *material (ou substantiva)*, em que as várias infrações estão ligadas por laços circunstanciais, havendo conexão entre os próprios delitos (prevista no artigo 76, I e II) e conexão *processual (ou instrumental)*, em que não há nexos entre as infrações, mas a prova de uma infração ou de qualquer circunstância elementar influi na de outra.”⁸⁰

Verifica-se, pois, que na conexão material há um vínculo entre os delitos, enquanto na conexão processual (CPP, art. 76, III) a relação é meramente probatória. Destarte, fica muito claro que a Lei nº 6.683/79, ao referir a concessão de anistia aos crimes conexos “**relacionados**” aos crimes políticos contemplou no benefício somente os casos de conexão material.

Em outras palavras, quando há **relação** entre os crimes se concretiza o instituto da **conexão substantiva, também chamada material**. Foi, portanto, aos crimes **materialmente** conexos aos crimes políticos,

⁸⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 173.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

inclusive quando esse vínculo era dado apenas pela motivação política, que a Lei concedeu anistia.

Portanto, foram excluídos da anistia casos de mera conexão probatória.

e) Ainda que todos os crimes com motivação política tenham sido anistiados, o benefício não alcançaria os delitos dos agentes da repressão

Ficou demonstrado que admitir ter a Lei nº 6.683/79 concedido anistia a todos os crimes com motivação política é um rematado equívoco interpretativo.

De qualquer maneira, para fins de argumentação, é importante destacar que, mesmo se isso fosse verdade, os crimes dos agentes estatais não teriam logrado o benefício penal. Isso porque, esses atos criminosos não podem ser considerados como praticados com motivação política.

Como visto acima, a motivação política é um conceito com conteúdo próprio. É elemento subjetivo do tipo penal. Refere-se à intenção do agente e compreende o **desejo de agir contra a segurança do Estado**.

É o que bem destacou o Min. CELSO DE MELLO nos votos acima transcritos e também ressalta HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ao tratar do conceito de crimes de terrorismo e políticos:

“[Esses delitos] exigem, portanto, no tipo subjetivo, vontade e consciência de praticar a ação que configura o ilícito, com especial fim de agir, o propósito de atentar contra a segurança do Estado (dolo específico).”⁸¹

Motivação política é a intenção do agente de praticar lesão ou dano, direto ou indireto, à ordem política. Por isso, embora não exista crime político puro no crime de roubo a um banco, quando o produto da ação se destina a financiar ações contra o Estado, reconhece-se a presença da motivação política, diante da intenção dos agentes. Nesses casos, há a mencionada motivação política, mas não o dano potencial ou real a um bem estatal da ordem política.

Os agentes da repressão não agiam de acordo com o elemento subjetivo de “atentar contra a segurança do Estado”, ou “inspirados por esse

⁸¹ FRAGOSO, Heleno. *Terrorismo e Criminalidade Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 36.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

resultado”⁸², mas sim para vitimar os que assim o faziam. Logo, seus crimes não eram impulsionados por motivação política, pois o intuito era preservar o Estado autoritário. Suas condutas eram norteadas à apuração dos atos da dissidência política e à prevenção de ações consideradas subversivas.

A interpretação de que todos os crimes perpetrados pelos órgãos da repressão estatal tinham motivação política ou eram relacionados com crimes políticos é, sob qualquer ângulo, inaceitável. Considerar essa premissa implicaria imaginar que todos os envolvidos agiam sob o mesmo impulso.

Em suma, os crimes dos agentes estatais não são crimes praticados com motivações políticas, também denominados crimes políticos em sentido impróprio. E, portanto, não teriam sido anistiados mesmo se prevalecesse a interpretação de que todos esses delitos foram beneficiados.

f) Síntese

Em resumo, pode-se concluir que a anistia foi concedida efetivamente para:

- a) crimes políticos em sentido estrito, ou seja, crimes praticados contra bens do Estado, por motivação política;
- b) crimes eleitorais; e
- c) quaisquer crimes materialmente conexos aos crimes políticos, praticados com motivação política, ainda que objetivamente danosos a bens jurídicos particulares.

Não foram, destarte, abrangidos pela anistia (a) os crimes políticos impróprios que **não** sejam conexos a crimes políticos puros e (b) os crimes apenas processualmente conexos com os crimes políticos.

Assim, em qualquer hipótese, não se verifica previsão jurídica que permita considerar os crimes praticados pelos agentes estatais, na repressão aos dissidentes políticos, como anistiados. Tal interpretação é artificial e não encontra respaldo sequer na própria Lei.⁸³ Ela, aliás,

⁸² HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1936, p. 35, *apud* SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 66.

⁸³ Igual entendimento é esposado por BICUDO, Helio. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, nº 53, p. 88, mar/abr. 2005. O autor, com precisão, demonstra que não

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ressalvou expressamente de seu alcance os crimes de “seqüestro e atentado pessoal” (§ 2º, art. 1º). Como seria possível admitir que seu texto pudesse abranger os crimes de tortura e homicídio?

Note-se, finalmente, que a determinação do elemento subjetivo do agente (dolo específico) é sempre fruto de uma análise do caso concreto. Isso afasta a possibilidade de seu reconhecimento em caráter genérico, antecipado.

Logo, na remota hipótese de se considerar que a Lei nº 6.683/79 logrou conceder anistia a quaisquer crimes praticados com motivação política e que os crimes perpetrados durante a repressão aos dissidentes políticos tinham tal característica, seria indispensável demonstrar a motivação de cada agente ao consumir o delito. Obviamente que seria necessária a prévia apuração da materialidade e da própria autoria para, em etapa subsequente, perquirir o elemento subjetivo.

Assim, essa anistia, ao invés de impedir a investigação criminal, reclamaria a cabal apuração do ilícito.

2. A INVALIDADE JURÍDICA DA AUTO-ANISTIA.

Como visto no item precedente, a Lei nº 6.683/79 não é juridicamente apta a conceder anistia aos crimes de homicídio, lesões corporais graves (torturas) e desaparecimento forçado (seqüestro) praticados por agentes do Estado na repressão à dissidência política.

O entendimento de que tal diploma normativo teria instituído uma anistia “bilateral” é artificial e não resiste a uma abordagem técnica, à luz da própria dogmática do direito penal brasileiro. Tratou-se, na verdade, de uma interpretação construída para acomodar os interesses dos perpetradores dos delitos, principalmente durante a fase de declínio da ditadura.

Mas não é só. Qualquer pretensão de considerar que a Lei nº 6.683/79 veiculou hipótese de anistia aos agentes estatais encontra empecilho, também, nos princípios constitucionais brasileiros e no direito internacional, incompatíveis com a figura da auto-anistia.

Com efeito, a malsinada “interpretação” da anistia bilateral supõe a **outorga de uma auto-anistia pelas Forças Armadas**, a si mesmas e a seus

existe conexão material entre os crimes do repressor e os crimes da vítima, mesmo quando estes ‘estimularam’ os excessos daqueles.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

agentes. Em 1979 o Brasil ainda vivia sob o regime ditatorial militar, que editou a citada Lei de Anistia, a qual – segundo esse forçado entendimento – beneficiaria os membros da própria caserna envolvidos com a prática de crimes na repressão à dissidência política.

Conforme já apontado, a jurisprudência das cortes internacionais, inclusive da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não admite que regimes autoritários possam se conceder auto-anistias. Relata LUCIA BASTOS:

“Algumas anistias em branco já foram analisadas tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Essas verificações ocorreram porque muitas dessas anistias, que foram promulgadas durante os anos 70, 80 e 90 originaram-se em Estados Latino-americanos, e, conforme visto anteriormente, essas duas instituições interamericanas são as responsáveis na condução das investigações judiciais nesses casos. O que será possível observar é que, na grande maioria das vezes, não foi verificada a validade da lei de anistia propriamente dita, mas, sim, o direito das vítimas às indenizações pelas graves violações dos direitos humanos.

Mesmo assim, nos processos relacionados ao tema, a Corte Interamericana julgou essas leis de anistia em branco inválidas e inaplicáveis, condenou os Estados que as tinham emitido e declarou ser a anistia uma violação fundamental ao direito internacional.”⁸⁴

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou no Caso ALMONACID ARELLANOS:

“107. (...) o Secretário Geral das Nações Unidas assinalou que considerando as normas e os princípios das Nações Unidas, os acordos de paz aprovados por ela nunca podem prometer anistias por crimes de lesa-humanidade⁸⁵.

108. A adoção e aplicação de leis que outorgam anistia por crimes de lesa- humanidade impede o cumprimento das obrigações assinaladas. O

⁸⁴ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 220.

⁸⁵ Cf. “Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004. Par. 10. Referências contidas no original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmou que

'[a]inda que seja reconhecido que a anistia é um conceito jurídico aceito e uma amostra de paz e reconciliação no fim de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida com relação a crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa-humanidade ou as infrações graves do direito internacional humanitário'.⁸⁶

109. O Secretário-Geral também informou que não se reconheceram efeitos jurídicos à anistia concedida em Serra Leoa, 'dada a sua ilegalidade conforme o direito internacional'⁸⁷. Com efeito, o artigo 10 do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa dispôs que a anistia concedida a pessoas acusadas de crimes de lesa-humanidade, infrações ao artigo 3 dos Convênios de Genebra e Protocolo Adicional II⁸⁸, assim como outras infrações graves ao direito internacional humanitário, 'não constituirá um impedimento para [seu] processamento'.⁸⁹

A matéria foi detalhadamente tratada no já citado Caso BARRIOS ALTO, tendo a Corte peremptoriamente afirmado que as leis de auto-anistia deixam as vítimas indefesas e conduzem à perpetuação da impunidade, o que as torna manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana⁹⁰. Há, no dizer da Corte, “manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, carecendo essas leis “de efeitos jurídicos” (parágrafo 44 da decisão, já transcrito acima).

⁸⁶ Cf. “Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona”, S/2000/915, de 4 de octubre de 2000. Par. 22. Referências contidas no original.

⁸⁷ Cf. “Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona”, S/2000/915, de 4 de octubre de 2000. Par. 24. Referências contidas no original.

⁸⁸ Cf. “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”. Referências contidas no original.

⁸⁹ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Pars. 107-109. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

⁹⁰ Cf. “Caso Barrios Altos Vs. Perú”. “Fondo”. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, nº 75. Par. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nesse julgamento, o juiz brasileiro CANÇADO TRINDADE apresentou voto-vista no qual destaca:

“5. As denominadas auto-anistias são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (passando pelo próprio acesso à justiça)⁹¹. São elas manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais - indissociáveis - dos Estados-Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos, assegurando o livre e pleno exercício dos mesmos (nos termos do artigo 1(1) da Convenção), assim como de adequar seu direito interno à norma internacional de proteção (nos termos do artigo 2 da Convenção). Ademais, afetam os direitos protegidos pela Convenção, em particular os direitos às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25).

6. Há que se levar em conta, em relação às leis de auto-anistia, que sua *legalidade no plano do direito interno*, ao provocar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a norma de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos coloca em destaque o fato de que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno é também no ordenamento jurídico internacional, sobretudo quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Na realidade, o que denomina leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de auto-anistia, ainda que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, *não são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”⁹²

As auto-anistias são artifícios de impunidade, mediante os quais os perpetradores de violações aos direitos humanos se concedem imunidade penal pelos atos que cometeram. Ora, é evidente que ao próprio regime que pratica – ou praticava – a violação não cabe a iniciativa de se auto-perdoar. Essa

⁹¹ Cf. “Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli”, no Caso “Loayza Tamayo” (“Reparaciones”, Sentença de 27 de novembro de 1998), Série C, nº 42, Par. 2-4; e cf. “L. Joinet (rapporteur)”, “La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Informe Final, ONU/Comisión de Derechos Humanos”, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26 de junho de 1997, p. 1-34. Referências contidas no texto original.

⁹² Tradução livre do texto. Cf. Caso “Barrios Altos Vs. Perú”. “Voto Juez Cançado Trindade”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

conduta atenta flagrantemente contra as premissas básicas do Estado de Direito republicano (responsabilidade e verdade).

Importante fixar que não é toda e qualquer anistia que pode ser reputada incompatível com a proteção de direitos humanos:

“Tudo isto não significa que amnistias ou disposições legais semelhantes à anistia (as chamadas ‘leis da impunidade’) sejam de excluir em todas as circunstâncias: por um lado elas são legalmente permitidas, por meio do art. 6º, 5, do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, uma vez terminadas as hostilidades e com o objectivo da reconciliação nacional; além disso, elas pertencem de facto à prática corrente – importante no direito internacional e confirmada pela ONU – dos Estados, no quadro da pacificação nacional (...), seja na África do Sul, em El Salvador ou na Guatemala. Contudo, e de qualquer forma, podemos inferir que essas leis se encontram submetidas a limites relativamente claros impostos pelo direito penal internacional. Uma anistia geral, no caso de graves violações de direitos humanos (a violação do direito à vida e à integridade física), e que, além disso, favoreça as forças de segurança do Estado só pode ser qualificada como contrária ao direito internacional.”⁹³

Com toda a certeza, são manifestamente inaceitáveis as auto-anistias, as quais se baseiam exclusivamente na visão do perpetrador das violações. Como bem aponta LUCIA BASTOS:

“Um primeiro ponto que deve ser reforçado é a distinção entre: (i) leis de anistia oferecidas pelos Estados aos seus opositores, normalmente por crimes políticos, e (ii) aquelas que concedem imunidade ao próprio Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Conforme visto anteriormente, o entendimento é de que apenas o primeiro caso encontra-se no rol dos direitos do Estado, devido ao seu papel de vítima da agressão e de garantidor das leis penais estatais, e esse direito não deveria se estender a situações nas quais o próprio Estado, por meio dos seus agentes, é o perpetrador das violações.

Acrescente-se também que, conforme analisado no capítulo referente aos princípios de direito diante das anistias, referidas leis, que liberam de julgamento as condutas cumpridas sob o comando do Estado,

⁹³ AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, nº 49, p. 76, jul./ago. 2004. Grafia conforme o original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

permitem ao Estado julgar o seu próprio caso, um resultado inconsistente com os princípios gerais de direito que proíbem o auto-julgamento. Esse princípio deveria ser aplicável em casos de auto-anistias concedidas por um governo para as suas próprias forças: tais anistias configuram-se em uma versão simplificada de auto-julgamento (ainda que em sentido figurado, pois nenhum julgamento de fato é permitido nestes casos) e, portanto, estariam proibidas pelos princípios gerais de direito.”⁹⁴

Da mesma forma que explicitado acima no item relativo à inocorrência da prescrição, vale frisar que **a proibição às auto-anistias está contida nos preceitos do *jus cogens***, os quais impedem os Estados participantes da comunidade internacional de adotarem disposições legislativas “**que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade**”⁹⁵.

Portanto, a Lei nº 6.683/79, se realmente veiculasse hipótese de anistia aos agentes estatais que atuaram na repressão, afrontaria preceitos cogentes do direito internacional, de observância obrigatória (obrigação *erga omnes*). Preceitos aos quais o Brasil se vinculou desde 1914, com a ratificação da Convenção de Haia de 1907, ou ainda em 1945, com a ratificação da Carta das Nações Unidas.

Frise-se que mesmo em caso de guerra externa ou interna, por força da Convenção de Genebra de 1949 (ratificada pelo Brasil em 1957), não seria viável a concessão de anistia, pois o homicídio intencional, a tortura e os tratamentos desumanos, executados em grande escala, acarretam a obrigação de fixar sanções penais adequadas a serem aplicadas às pessoas que os cometeram ou deram ordem de cometer, devendo o Estado procurar essas pessoas e submetê-las ao adequado julgamento (artigos 49 e 50).

Assim, a exemplo do que já foi esclarecido acima, relativamente à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, esses delitos não são passíveis de anistia e, principalmente, de **auto-anistia**. O direito internacional

⁹⁴ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 171.

⁹⁵ Cf. O.N.U., “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad”. Resolução nº 3.074 (XXVIII), 2187ª reunião plenária de 03 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>> . Acesso em 25 de set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

incorporado ao sistema jurídico brasileiro é incompatível com esses instrumentos de impunidade e esquecimento, impedindo que normas dessa espécie tenham validade. O legislador brasileiro não detinha – e não detém – competência para anistiar agentes estatais perpetradores de violações aos direitos humanos.

Por fim, a invalidade de uma lei de auto-anistia é ainda mais evidente diante da consideração, pelo Supremo Tribunal Federal, da força suprallegal dos preceitos de direito internacional incorporados ao ordenamento jurídico interno. A norma internacional que veda o uso desse instituto se sobrepõe à lei ordinária editada em 1979.

Conclui-se, pois, que se existissem preceitos veiculadores de auto-anistia na Lei nº 6.683/79, eles não seriam aplicáveis, diante dos vícios apontados, que estariam presentes desde a edição da Lei.

V – A OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIGAR E PUNIR OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

O Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 6 de novembro de 1992, através do Decreto nº 678. Posteriormente, nos termos do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Ao promulgar o Pacto, o Brasil comprometeu-se expressa e internacionalmente a adotar as medidas necessárias à prevenção e à repressão às violações de direitos humanos. Em especial, por força da obrigação estipulada no seu artigo 2º, o País deve alterar sua legislação interna e adotar providências materiais para tornar efetivos os direitos nele previstos:

“ARTIGO 2º - DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º⁹⁶ ainda não tiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os

⁹⁶ Diz o Artigo 1.1.: “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Entre os direitos e liberdades previstos nessa Convenção estão: o

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.” (grifos nossos)

Enquanto mantém a atual situação de segredo e de impunidade dos agentes dos crimes contra a humanidade aqui praticados, o Brasil, por quaisquer dos Poderes da União, descumpra o artigo 2º. Viola, ademais, o direito das vítimas e da sociedade à proteção judicial contra as violações a direitos humanos já sofridas, previsto no artigo 25, do mesmo documento:

“ARTIGO 25 – PROTEÇÃO JUDICIAL

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.”

O Brasil fez ressalva no sentido de que o reconhecimento da jurisdição da Corte seria “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”. Ocorre que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiteradamente fixado que limitações temporais dessa espécie **não eximem os Estados-parte de atuarem na responsabilização por violações aos direitos humanos perpetradas anteriormente, quando permanecerem sem investigação e impunes, que é justamente o caso do Brasil:**

“66. A Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado, que possa implicar em

direito à integridade pessoal (art. 5º); o direito à liberdade pessoal (art. 7º) e a proteção da honra e da dignidade (art. 11); todos minuciosamente descritos em cada um desses artigos entre os quais se aponta, também, *o direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas*. A violação a tais direitos, num contexto de perseguição e ataques sistemáticos, generalizados, caracteriza-se com crimes de lesa-humanidade, conforme já descrito. Mesmo quando a Convenção trata da “suspensão de garantias” (art. 27), “[e]m caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte”, ela o faz esclarecendo que “não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 6 (proibição da escravidão e da servidão), 9 (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

responsabilidade internacional, forem anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.

67. Contudo, quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações.⁹⁷

Portanto, a ressalva brasileira é irrelevante, pois mesmo após o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos permaneceu a omissão em apurar, investigar e punir crimes contra a humanidade consumados durante a ditadura militar.

Ademais, há alguns crimes de natureza permanente, como os seqüestros de pessoas que ainda se encontram desaparecidas e as ocultações de cadáveres, cuja data final da própria consumação pode se situar após esse reconhecimento da jurisdição da Corte.

Em outras palavras, o direito interno brasileiro e a atuação material dos órgãos estatais não podem impedir a concretização das obrigações firmadas no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive o direito das vítimas a verem esclarecidos crimes ocorridos no passado. Enquanto houver continuidade ou permanência, limitações temporais fixadas no ato de ratificação da competência da Corte não eximem os Estados-parte de atuarem na responsabilização por violações aos direitos humanos perpetradas anteriormente.

Como bem aponta CANÇADO TRINDADE, com base em decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“[q]uer a violação dos direitos humanos reconhecidos tenha sido cometida por agentes ou funcionários do Estado, por instituições

⁹⁷ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador”. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C, nº 118. Par. 66-68. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007.

Destacamos que no caso concreto de El Salvador, a limitação *ratione temporis* firmada pelo Estado ressaltava também a jurisdição para os fatos cujo mero início de execução fosse anterior ao reconhecimento da jurisdição da Corte. Por esse motivo específico, a decisão final foi pelo reconhecimento da preliminar suscitada, pois os delitos permanentes também estariam abrangidos pela exceção. No caso brasileiro, porém, houve limitação temporal apenas para os fatos ocorridos (crimes instantâneos consumados) antes de 10/12/98, o que não abrange os crimes permanentes cujo início de execução antecede o reconhecimento da jurisdição.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

públicas, quer tenha sido cometida por simples particulares ou mesmo pessoas ou grupos não-identificados ou clandestinos, 'se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos o mais cedo possível, pode afirmar-se que o Estado deixou de cumprir com seu dever de assegurar o livre e pleno exercício de seus direitos às pessoas sob sua jurisdição'. 'Caso Velásquez Rodríguez', nº 4, p. 72, par. 176; Série C, nº 5, p. 76, par. 187."⁹⁸

Destarte, em que pese os ilícitos aqui apontados terem ocorrido (ou tido a consumação iniciada) antes da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, bem como previamente ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto perdurar a situação de impunidade por omissão na investigação e punição desses delitos, estar-se-á violando os deveres fixados nos artigos 1.1, 2º e 25.1 da Convenção, assim como o 8º⁹⁹.

De fato, o Brasil está inadimplente diante da sua obrigação de promoção dos direitos humanos assumida perante a Organização dos Estados Americanos (OEA), pois mantém impunes os crimes contra a humanidade aqui perpetrados, mesmo após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana. A ausência de medidas concretas para a investigação e a punição desses crimes atinge o direito das vítimas e de seus familiares à apuração da verdade e a um processo justo, contrariando os referidos preceitos convencionais.

Vale destacar que, além do decidido no caso LAS HERMANAS SERRANO CRUZ, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também aplicou esse entendimento no caso DE LA COMUNIDAD MOIWANA VS. SURINAME, julgado em 15 de junho de 2005, no qual se apurava a responsabilidade internacional do Suriname por um massacre ocorrido em

⁹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 51.

⁹⁹ Artigo 8º: "GARANTIAS JUDICIAIS. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza."

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

novembro de 1986 (antes da ratificação da Convenção por esse país). Apontou a Corte:

“37. A principal defesa do Estado no caso *sub judice* consiste na rejeição da competência *ratione temporis* da Corte. Neste sentido, Suriname argumenta que as violações alegadas pela Comissão e pelos representantes se originaram de fatos que ocorreram em novembro de 1986, um ano antes da ratificação da Convenção Americana e do reconhecimento da competência da Corte. Conforme o afirmado pelo Estado, os termos de sua responsabilidade internacional durante 1986 estariam definidos exclusivamente na Declaração Americana, e desta maneira impediriam a competência da Corte para apreciar o presente caso. Igualmente, o Estado sustenta que qualquer violação que o Tribunal declare em relação aos fatos em questão necessariamente implicaria uma aplicação *ex post facto* da Convenção.

(...)

43. No caso *sub judice*, a Corte distingue supostas violações a direitos da Convenção Americana que são de natureza contínua e supostas violações ocorridas depois de 12 de novembro de 1987. Com relação às primeiras, o Tribunal adverte que se alega a perpetração de um massacre em 1986; e conseqüentemente, o nascimento para o Estado da obrigação de investigar, processar e julgar os responsáveis. Tanto é assim, que o próprio Estado iniciou essa investigação em 1989. A referida obrigação poderia ser examinada a partir do reconhecimento pelo Estado de Suriname da competência da Corte. O exame da compatibilidade das ações e omissões do Estado, no que tange a esta investigação, à luz dos artigos 8, 25 e 1.1 da Convenção, é de competência desta Corte. Por outro lado, afirmou-se que as supostas vítimas foram deslocadas forçosamente de suas terras natais. Ainda que este deslocamento tenha supostamente ocorrido em 1986, a impossibilidade de retorno a essas terras subsiste. A Corte tem também jurisdição para decidir sobre esses fatos e sobre sua qualificação jurídica. Finalmente, em relação às supostas violações ocorridas depois de 12 de novembro de 1987, as quais não necessitam ser detalhadas aqui, é evidente que se subordinam à competência da Corte Interamericana.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

44. Em consequência, se rejeita essa exceção preliminar nos termos acima expostos.¹⁰⁰

Assim, a reserva temporal firmada pelo Brasil não impede a condenação internacional pela **inércia** do Estado em, após o reconhecimento da jurisdição da Corte, reverter o quadro de **permanente omissão** em investigar, processar e responsabilizar os responsáveis pela perpetração de crimes contra a humanidade durante o regime ditatorial militar.¹⁰¹

Aliás, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a repressão política no Cone Sul incorreu em crimes contra a humanidade e que nenhum Estado pode deixar de investigá-los e responsabilizar seus autores, sob pena de violação das obrigações convencionais. Um dos precedentes refere-se à ditadura chilena, no caso ALMONACID ARELLANO, que é em tudo semelhante ao da ditadura no Brasil.

O primeiro grupo de semelhanças reside no aspecto jurídico. No Chile também houve lei de auto-anistia da ditadura¹⁰², bem como alegação de prescrição de pretensões punitivas. Não obstante, tais elementos foram afastados pela Corte, pois incompatíveis com a obrigação de sancionamento dos crimes contra a humanidade (parágrafos 115 a 122 da decisão; nos itens subsequentes desta manifestação o tema será retomado).

O segundo grupo de semelhanças está na questão fática, que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a reconhecer que a repressão à dissidência política nas ditaduras sul-americanas revestiu caráter de perseguição ampla e generalizada, aptas a caracterizar crimes de lesa-humanidade. Senão vejamos.

ALMONACID ARELLANO foi preso e assassinado pelas forças de repressão política do Chile durante a ditadura PINOCHET. A Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou denúncia de responsabilidade do Estado chileno pela impunidade relacionada a esse crime em novembro de 2006. Fixou que:

¹⁰⁰ Tradução livre do texto. Cf. Caso “de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname”. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124. Par. 37, 43 e 44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007.

¹⁰¹ No mesmo sentido, ver CARVALHO RAMOS, André de. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 310.

¹⁰² Decreto Ley nº 2.191, de 1978.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- a) de 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1990 governou o Chile uma ditadura militar que, dentro de uma política de Estado desenvolvida para causar medo, atacou massiva e sistematicamente setores da população civil considerados como opositores do regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional (item 103 da sentença);
- b) ALMONACID ARELLANO era militante do Partido Comunista e considerado uma ameaça por sua doutrina;
- c) sua morte, em 1973, caracterizou-se como um crime de lesa-humanidade, pois a execução extrajudicial foi cometida por agentes estatais dentro do contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil, violando uma norma imperativa do direito internacional (itens 99 e 104); e
- d) a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *jus cogens* e a penalização desses crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral (*idem*).

Em suma, o Estado chileno foi CONDENADO por violação ao sistema de proteção aos direitos humanos fixados na Convenção Americana de Direitos Humanos, não pela prática em si do homicídio, mas sim pela ausência de providências posteriores destinadas à cabal apuração do ocorrido, responsabilização dos envolvidos e reparação de danos aos familiares.

A situação brasileira pouco difere da chilena:

- (i) o País em 1964 sofreu um golpe de Estado (tomada do poder à margem do Estado de Direito) e passou a ser governado sob um regime ditatorial militar;
- (ii) o Estado democrático constitucional foi suprimido mediante a outorga de Constituições e Atos Institucionais pelo governo militar;
- (iii) com base nesses Atos Institucionais, e também à margem deles, toda a sorte de direitos individuais fundamentais foi objeto de violações pelos agentes estatais;
- (iv) instituiu-se forte repressão à dissidência política, a cargo das Forças Armadas e dos aparatos policiais;

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

(v) a tortura, o homicídio e o desaparecimento forçado foram práticas adotadas pelos órgãos de repressão militar e policial, com o conhecimento e a aceitação das mais altas instâncias do governo;

(vi) em dezembro de 1968 teve início a fase mais severa e violenta da repressão à dissidência política, com a edição do Ato Institucional nº 5; e

(vii) seguiram-se milhares de casos de prisões irregulares e interrogatórios mediante tortura, além de centenas de homicídios e desaparecimentos forçados sem cumprimento, sequer, das exigências formais fixadas no ordenamento jurídico imposto pelo próprio governo ditatorial¹⁰³.

Assim, a exemplo do que ocorreu no Chile e na Argentina, agentes estatais perpetraram no Brasil delitos que podem ser qualificados como crimes contra a humanidade, na medida em que consumados no contexto de um **sistemático e generalizado padrão de violência contra a população civil, causando grande sofrimento às vítimas e seus familiares.**

Logo, o Brasil está inadimplindo suas **obrigações convencionais** de apurar e responsabilizar crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime militar, ao deixá-los sem investigação e persecução penal, especialmente após ter ratificado o Pacto de São José. É o que se depreende da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

“110. A obrigação conforme o direito internacional de ajuizar e, se são declarados culpáveis, castigar os perpetradores de determinados crimes internacionais, dentre os quais os crimes contra a humanidade, se depreende da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica no dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecer, se possível, o direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus

¹⁰³ V.g., o Ato Institucional nº 14 previa a pena de morte em tempos de paz. Não houve nenhuma execução oficial com base nessa autorização, mas cerca de cinco centenas de execuções extra-oficiais foram perpetradas pelas forças de repressão.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

direitos, pode-se afirmar que foi descumprido o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas sujeitas a sua jurisdição¹⁰⁴.

111. Os crimes contra a humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem permanecer impunes. Em reiteradas oportunidades o Tribunal assinalou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, que a Corte definiu como 'a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis das violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana'¹⁰⁵. Mesmo assim, a Corte determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, perseguição, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais¹⁰⁶. A esse respeito, este Tribunal assinalou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou pelas circunstâncias particulares de um caso específico, resultem ilusórios¹⁰⁷.¹⁰⁸

Importante destacar que a Corte não reconhece barreiras postas pelo direito interno à responsabilização por crimes contra a humanidade. No entender da Corte, esses crimes são **imprescritíveis e impassíveis de anistia**. É o que firmou, por exemplo, nos casos ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE (já referido), BARRIOS ALTO – CHUMBIPUMA

¹⁰⁴ Cf. Caso “Velásquez Rodríguez”. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, nº 4. Par. 166, e Caso “Godínez Cruz”. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C, nº 5. Par. 175. Referências contidas no texto original.

¹⁰⁵ Cf. Caso “de las Masacres de Ituango”. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, nº 148. Par. 299; Caso “de la Masacre de Mapiripán”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134. Par. 237; Caso “de la Comunidad Moiwana”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134, Par. 203. Referências contidas no texto original.

¹⁰⁶ Cf. Caso “Ximenes Lopes”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149. Par. 148; Caso “Baldeón García”. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº 147. Par. 94 e Caso “de la Masacre de Pueblo Bello”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140. Par. 143. Referências contidas no texto original.

¹⁰⁷ Cf. Caso “Baldeón García”, Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº 147. Par. 144; Caso “19 Comerciantes”, Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, nº 109. Par. 192; e Caso “Baena Ricardo y otros”. “Competencia”. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, nº 104. Par. 77. Referências contidas no texto original.

¹⁰⁸ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 110 e 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGUIRRE Y OTROS VS. PERÚ e MASSACRE DE LA ROCHELA VS. COLOMBIA:

. Caso ALMONACID ARELLANO, sentença de 26 de setembro de 2006:

“114. Pelas considerações anteriores, a Corte estima que **os Estados não podem deixar de investigar, determinar e sancionar os responsáveis dos crimes contra a humanidade aplicando leis de anistia ou outro tipo de norma interna.** Conseqüentemente, os crimes contra a humanidade são delitos que não podem ser alcançados pela anistia.”

“A Corte, (...) **DECLARA:** Por unanimidade, que:

3. Ao pretender anistiar os responsáveis de delitos contra a humanidade, o Decreto- Lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos, à luz do mencionado tratado. (...)”¹⁰⁹

. Caso BARRIOS ALTO, sentença de 14 de março de 2001:

“41. Esta Corte considera que **são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados,** todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não refutado pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme disposto no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura,

¹⁰⁹ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 114 e outros. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007. Negritos são nossos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

juízo e sanção dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Alto, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção, e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de auto-anistia incompatíveis com a Convenção descumpriu a obrigação de adequar o direito interno consagrada no artigo 2 da mesma.

43. A Corte estima necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados-Partes têm o dever de tomar as providências de toda índole para que ninguém seja afastado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. É por isso que os Estados-Partes na Convenção que adotem leis que tenham esse efeito, tais como as leis de auto-anistia, incorrem em uma violação aos artigos 8 e 25, de acordo com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. **As leis de auto-anistia conduzem à impossibilidade de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana.** Este tipo de lei impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações a direitos humanos, pois obstaculiza a investigação e o acesso à justiça e impede que as vítimas e os seus familiares conheçam a verdade e recebam a reparação correspondente.

44. Como consequência da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso nem para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem poderão ter igual ou similar impacto no que diz respeito a outros casos de violação aos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Peru.”¹¹⁰

. Caso MASSACRE DE LA ROCHELA, sentença de 11 de maio de 2007:

¹¹⁰ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Barrios Altos Vs. Perú”. “Fondo”. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, nº 75. Par. 41-44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007. Negritos são nossos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“294. A este respeito, a Corte recorda sua jurisprudência constante sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e, neste caso, a sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos¹¹¹.”¹¹²

A questão central, portanto, é definir se o sistema de Justiça brasileiro deverá aguardar uma condenação internacional para agir ou se, desde logo, adotará as providências pertinentes e compatíveis com as obrigações que firmou no plano internacional, por força, inclusive, do disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição Federal.

É evidente que uma postura ambígua do Estado brasileiro (reconhecendo a jurisdição, mas se recusando a aplicar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos) é inaceitável. A partir do momento em que o Brasil admitiu a jurisdição da Corte e esta reiteradamente tem firmado entendimento no sentido da INAFESTABILIDADE DA PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE, independentemente da data em que ocorreram ou de terem sido editadas leis de anistia, devem o Ministério Público e o Poder Judiciário prontamente adotar as medidas indispensáveis para essa responsabilização.

Em suma, por força da aplicação direta do Direito Internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – à qual o Brasil está vinculado –, é imprescindível a abertura das investigações pertinentes aos fatos apontados nesta manifestação. Este é um fundamento suficiente para a realização da investigação adequada e da persecução penal no foro competente: a Justiça Federal. Qualquer subordinação dessas providências a questões procedimentais do direito interno não é aceitável, diante das

¹¹¹ Cf. Caso “Barrios Altos”. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, nº 75. Par. 41. No mesmo sentido Caso “La Cantuta”. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C, nº 162. Par. 152; Caso “Almonacid Arellano y otros”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 112; y Caso “de las Masacres de Ituango”. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, nº 148. Par. 402. Referências contidas no texto original.

¹¹² Tradução livre do texto. Cf. “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia”. “Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, nº 163. Par. 294. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

obrigações internacionais do País. Nem mesmo a prescrição e a anistia servem de escusa.

VI – CONCLUSÃO

Em decorrência dos vários aspectos analisados, pode-se concluir que crimes perpetrados pelos órgãos de repressão à dissidência política durante o regime de ditadura militar no Brasil, no período de 1964 a 1985, podem ser reputados crimes contra a humanidade, conforme definido e consolidado pelo costume internacional.

A aplicação reiterada desse costume por organismos e tribunais internacionais (Assembléia Geral e Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, Corte Internacional de Justiça, Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, Tribunal Internacional para Ruanda, Corte Interamericana de Direitos Humanos e Corte Européia de Direitos Humanos), bem como por diversos sistemas de justiça estrangeiros, confere segurança quanto ao seu conteúdo, validade e vigência.

Esses crimes ainda devem ser objeto de investigação e persecução penal pelas autoridades do Ministério Público brasileiro, bem como submetidos ao Poder Judiciário (justiça comum), pois não são passíveis de serem considerados prescritos ou anistiados.

A aplicação da Lei de Anistia aos agentes estatais da repressão e a omissão em investigar e processar os autores desses crimes violam as obrigações que o Brasil assumiu perante a comunidade internacional e submeterão o País a uma provável responsabilização na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em síntese: os fatos criminosos apontados nesta manifestação ainda reclamam persecução penal.

São Paulo, 29 de setembro de 2008.

MARLON ALBERTO WEICHERT
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA FÁVERO
PROCURADORA DA REPÚBLICA