



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR

**Arguição de descumprimento de preceito fundamental
320/DF**

Relator: Ministro **Luiz Fux**

Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL)

Interessados: Presidente da República
Congresso Nacional

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS *VS.* BRASIL. ADMISSIBILIDADE DA ADPF LEI 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979 (LEI DA ANISTIA). AUSÊNCIA DE CONFLITO COM A ADPF 153/DF. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CARÁTER VINCULANTE DAS DECISÕES DA CORTE IDH, POR FORÇA DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, EM PLENO VIGOR NO PAÍS. CRIMES PERMANENTES E OUTRAS GRAVES VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS PERPETRADAS NO PERÍODO PÓS-1964. DEVER DO BRASIL DE PROMOVER-LHES A PERSECUÇÃO PENAL.

É admissível arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença do caso GOMES LUND E OUTROS *VERSUS* BRASIL, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declarem extinta a punibilidade de agentes envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei da Anistia (Lei 6.683/1979), sob fundamento de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou por não caracterizarem como crime permanente o desaparecimento forçado de pessoas, ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver, e outros crimes graves perpetrados por agentes estatais no período pós-1964. Essas interpretações violentam preceitos fundamentais contidos pelo

menos nos arts. 1º, III, 4º, I e II, e 5º, §§ 1º a 3º, da Constituição da República de 1988.

Não deve ser conhecida a ADPF com a extensão almejada na petição inicial, para obrigar o Estado brasileiro, de forma genérica, ao cumprimento de todos os pontos resolutivos da sentença no caso GOMES LUND, por ausência de prova de inadimplemento do país em todos eles.

Não procede a ADPF relativamente à persecução de crimes continuados, por inexistir prova de que o Brasil a tenha obstado indevidamente.

A pretensão contida nesta arguição não conflita com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF nem caracteriza superfetação (*bis in idem*). Ali se efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979. Aqui se pretende reconhecimento de validade e de efeito vinculante da decisão da Corte IDH no caso GOMES LUND, a qual agiu no exercício legítimo do controle de convencionalidade.

A República Federativa do Brasil, de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. As decisões desta são vinculantes para todos os órgãos e poderes do país. O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678/1992. Com o Decreto 4.463/2002, reconheceu de maneira expressa e irrestrita como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da convenção. O artigo 68(1) da convenção estabelece que os Estados-partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual forem partes. Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira, à luz do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Para negar eficácia à Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou às decisões da Corte IDH, seria necessário declarar inconstitucionalidade do ato de incorporação desse instrumento ao Direito interno. Disso haveria de resultar denúncia integral da convenção, na forma de seu art. 75 e do art. 44(1) da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados (Decreto 7.030/2009).

No que se refere à investigação e à persecução penal de graves violações a direitos humanos perpetradas por agentes públicos durante o regime autoritário de 1964-1985, iniciativas propostas pelo Ministério Público Federal têm sido rejeitadas por decisões judiciais que se baseiam em fundamentos de anistia, prescrição e coisa julgada e não reconhecem a natureza permanente dos crimes de desaparecimento forçado (equivalentes, no Direito interno, aos delitos de sequestro ou ocultação de cadáver, conforme o caso). A Corte IDH expressamente julgou o Brasil responsável por violação às garantias dos arts. 8(1) e 25(1) da Convenção Americana, pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por esses ilícitos. Decidiu igualmente que as disposições da Lei da Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando obstáculo à persecução penal nem à identificação e punição dos responsáveis. Cabe ADPF para que o Supremo Tribunal Federal profira, com efeito vinculante (art. 10, *caput* e § 3º, da Lei 9.882/1999), decisão que impeça se adotarem os fundamentos mencionados para obstar a persecução daqueles delitos, sem embargo da observância das demais regras e princípios aplicáveis ao processo penal, tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional.

Sequestros cujas vítimas não tenham sido localizadas, vivas ou não, consideram-se crimes de natureza permanente (precedentes do Supremo Tribunal Federal nas Extradicações 974, 1.150 e 1.278). Essa condição afasta a incidência das regras penais de prescrição (Código Penal, art. 111, inciso III) e da Lei de Anistia, cujo âmbito temporal de validade compreendia apenas o período entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (art. 1º).

Instrumentos internacionais, a doutrina e a jurisprudência de tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição. Essas categorias jurídicas são plenamente compatíveis com o Direito nacional e devem permitir a persecução penal de crimes dessa natureza perpetrados no período do regime autoritário brasileiro pós-1964.

Parecer pelo conhecimento parcial da arguição e, nessa parte, pela procedência parcial do pedido.

I. RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) proposta pelo PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE (PSOL), com o escopo de obter tutela jurisdicional relativa a certos efeitos da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como “Lei da Anistia”, particularmente em face do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND E OUTROS *VS.* BRASIL.¹

Requer ao Supremo Tribunal Federal “declarar que a Lei Federal 6.683/79 não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que a Lei de Anistia não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979” (folhas 1-2). O arguente postula que o tribunal “determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios constantes da conclusão da referida sentença de 24 de novembro de 2010 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso GOMES LUND e outros *vs.* Brasil”.

1 *Vide* referência à sentença na nota 7.

Afirma, preliminarmente, o cabimento da ação constitucional, ante a inexistência de processo de índole objetiva apto a solver de uma vez por todas a controvérsia a respeito da extensão dos efeitos da Lei 6.683/1979. Cita como precedente o julgamento da ADPF 33/PA e argumenta que o Supremo Tribunal poderá conhecer de arguição de descumprimento sempre que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, “especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”. Seria o caso, segundo o requerente, da interpretação acerca da incidência de anistia sobre graves violações a direitos humanos cometidas durante o regime ditatorial instaurado em 1964.

No mérito, insurge-se contra a aplicação da Lei 6.683/1979 a “autores de crimes continuados ou permanentes”, não exauridos após entrada em vigor da lei, e contra incidência da causa de extinção da punibilidade nela prevista “aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos”. Alega, especificamente, entre outros pontos, que:

a) durante o regime de exceção vigente no país entre 1964 e 1981, foi aplicada política de terrorismo de Estado, responsável por cerca de 400 mortes e desaparecimentos e 50 mil prisões ilegais de opositores do regime; tal política voltou-se ao extermínio de toda a oposição, mediante prática generalizada de tortura, execuções su-

márias e desaparecimentos forçados, “visando a criar, entre os oponentes políticos, um ambiente de terror diante do Estado”;

b) o Supremo Tribunal Federal não se teria manifestado, no julgamento da ADPF 153, a respeito do caráter permanente de alguns dos crimes cometidos pelos agentes públicos, notadamente a ocultação de cadáver (Código Penal, art. 211);² informa que, sobre a questão, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil opôs embargos declaratórios na própria ADPF 153, ainda não julgados;

c) passados três anos e meio da prolação da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no caso *GOMES LUND versus Brasil*, seu conteúdo ainda não foi cumprido por nenhum dos Poderes, representando essa omissão clara violação da ordem constitucional; ressalta que o art. 68, *caput*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), tratado internacional ratificado pelo Brasil,³ estipula que “os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte [Interamericana de Direitos Humanos] em todo caso em que forem partes” e que o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, igualmente ratificada pelo Brasil,⁴ estabelece que

2 **“Destruição, subtração ou ocultação de cadáver**

Art. 211. Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.”

3 A convenção foi promulgada no país pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. O texto integral da convenção, em português, está disponível em < <http://bit.ly/ConvAmDH> > ou < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1992/decreto-678-6-novembro-1992-449028-publicacaooriginal-1-pe.html> >, acesso em 26 ago. 2014.

4 Promulgada no país pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

“uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado”;

d) desde o julgamento dos criminosos nazistas pelo Tribunal Internacional de Nuremberg, em 1945, “os atos de terrorismo de Estado são qualificados como crimes contra a humanidade”, constituindo princípio de Direito Internacional que tais crimes são insuscetíveis de anistia e prescrição;

e) o Estado brasileiro não pode invocar sua soberania para descumprir sentença proferida por tribunal ao qual se vinculou nem os princípios de direitos humanos reconhecidos como normas imperativas de Direito Internacional geral (*jus cogens*).

Sustenta que esse quadro afronta os preceitos fundamentais dos artigos 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, e 5º, § 2º, da Constituição da República, e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) de 1988.⁵

5 Constituição da República de 1988:

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

I – a soberania;

II – a cidadania; [...].

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

II – prevalência dos direitos humanos; [...].

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. [...]

Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Notificada a prestar informações (despacho na peça 17 do processo eletrônico), na forma do art. 6º da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999, a Presidência da República arguiu, preliminarmente, não cabimento da ação, por impossibilidade de transmutar a ADPF em mero processo de execução de decisão de órgão supranacional, e também ante o caráter genérico e abstrato das providências requeridas, incompatíveis com a via eleita (peça 27 do processo eletrônico, p. 5-6 do arquivo eletrônico). No mérito, impugnou a alegação de omissão estatal no cumprimento da sentença da Corte IDH. Anexou, para tanto, manifestação do Estado brasileiro apresentada à Corte em maio de 2014, na qual informa as medidas que vêm sendo adotadas em relação aos doze pontos decisórios da sentença do caso GOMES LUND. Especificamente acerca dos pontos resolutivos 3 e 9,⁶ a Advocacia-Geral da União ressaltou que a Lei da Anistia não tem impedido a investigação criminal e a propositura de ações penais pelo Ministério Público Federal.

O Congresso Nacional, por seu turno, sustentou a validade da Lei da Anistia e acrescentou que essa Suprema Corte já se pronunciou a respeito da constitucionalidade da norma na ADPF 153. Alegou também que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos só foi incluída no ordenamento brasileiro em 1992 – após, portanto, a edição da Lei 6.683/1979 (peça 23).

Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.”

6 *Vide* abaixo transcrição integral dos pontos resolutivos, ou seja, da parte dispositiva do acórdão no caso GOMES LUND.

A Advocacia-Geral da União igualmente impugnou o cabimento de ADPF para veicular pleito genérico de execução de sentença emanada da Corte IDH. Argumentou que o provimento pretendido revela-se inútil, em razão da aplicabilidade e eficácia imediatas das sentenças da Corte IDH no ordenamento brasileiro. Afirma, ainda, pretender o arguente que o Supremo Tribunal Federal atue como legislador positivo, ao conferir interpretação autêntica à norma, em substituição ao Poder Legislativo, que apresentou dois projetos de lei voltados à revisão da Lei da Anistia. No mérito, reitera que o Estado vem cumprindo as obrigações impostas na sentença do caso GOMES LUND e que, nos termos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Regulamento do tribunal, a supervisão das sentenças e demais decisões da Corte IDH são realizadas por seus próprios membros.

Vieram, então, os autos para manifestação desta PGR.

É o relatório.

II. PRELIMINARES

II.1. OBJETO DA ADPF

Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental possui dois fundamentos distintos, um relacionado à interpretação da Lei 6.683/1979, e outro de caráter genérico, ao alegado descumprimento de obrigações de fazer de natureza não penal constantes dos pontos decisórios da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND *VERSUS* BRASIL, profe-

rida em 24 de novembro de 2010, indicados nas fls. 5-6 da petição inicial.

Sustenta a ADPF que o Estado brasileiro descumpre a sentença no caso GOMES LUND e, desse modo, viola os preceitos fundamentais contidos nos artigos 1º, incisos I e II, 4º, inciso II, 5º, § 2º, da Constituição da República, e no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988. Requer que, a partir desse reconhecimento, o Supremo Tribunal Federal:

- a) declare que a Lei 6.683/1979 não se aplica aos crimes de graves violações a direitos fundamentais, cometidos por agentes públicos, civis ou militares, contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos;
- b) declare que essa mesma lei não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes;
- c) determine a todos os órgãos do Estado brasileiro que deem cumprimento integral aos doze pontos decisórios (resolutivos, que equivalem ao dispositivo) da sentença da Corte Interamericana no caso GOMES LUND.

A ação é parcialmente cabível.

Inicialmente, deve destacar-se que a decisão da Corte Interamericana condenou o Estado brasileiro nos seguintes termos:⁷

⁷ A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na versão em português, está disponível em < <http://bit.ly/sentglund> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf >; acesso em 25 ago. 2014. A respeito de outras relevantes questões de Direito Penal relacionadas com essa decisão, conquanto não sejam objeto específico da discussão neste processo, veja-se cuidadosa análise em

XII

PONTOS RESOLUTIVOS

325. Portanto,

A CORTE**DECIDE,**

por unanimidade:

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

DECLARA,

por unanimidade, que:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.
4. O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

SUIAMA, Sergio Gardenghi. Problemas criminais da sentença da Corte IDH no caso GOMES LUND: respostas do direito comparado. *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano 2012. Disponível em < <http://bit.ly/juri000m> > ou < http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Suiama_Caso_Gomes_Lund.pdf >, acesso em 28 ago. 2014. Diversos trechos desta manifestação utilizaram essa análise.

5. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137a 182 da mesma.

6. O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 desta mesma decisão.

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

E DISPÕE,

por unanimidade, que:

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

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

10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença.

11. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença.

12. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença.

13. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.

14. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença.

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

16. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informa-

ção sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.

17. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 304, 311 e 318 da presente Sentença, a título de indenização por dano material, por dano imaterial e por restituição de custas e gastos, nos termos dos parágrafos 302 a 305, 309 a 312 e 316 a 324 desta decisão.

18. O Estado deve realizar uma convocatória, em, ao menos, um jornal de circulação nacional e um da região onde ocorreram os fatos do presente caso, ou mediante outra modalidade adequada, para que, por um período de 24 meses, contado a partir da notificação da Sentença, os familiares das pessoas indicadas no parágrafo 119 da presente Sentença aporem prova suficiente que permita ao Estado identificá-los e, conforme o caso, considerá-los vítimas nos termos da Lei nº 9.140/95 e desta Sentença, nos termos do parágrafo 120 e 252 da mesma.

19. O Estado deve permitir que, por um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, os familiares dos senhores FRANCISCO MANOEL CHAVES, PEDRO MATIAS DE OLIVEIRA (“PEDRO CARRETEL”), HÉLIO LUIZ NAVARRO DE MAGALHÃES e PEDRO ALEXANDRINO DE OLIVEIRA FILHO, possam apresentar-lhe, se assim desejarem, suas solicitações de indenização utilizando os critérios e mecanismos estabelecidos no direito interno pela Lei nº 9.140/95, conforme os termos do parágrafo 303 da presente Sentença.

20. Os familiares ou seus representantes legais apresentem ao Tribunal, em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, documentação que comprove que a data de falecimento das pessoas indicadas nos parágrafos 181, 213, 225 e 244 é posterior a 10 de dezembro de 1998.

21. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deverá apre-

sentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

Portanto, a par das questões preliminares (inclusive de competência temporal) e de preceitos declaratórios, a Corte Interamericana fixou **obrigações de fazer** para o Estado brasileiro. Estão descritas nos itens 9 a 19 dos pontos resolutivos, acima transcritos.

Destes, os itens 9 e 15, parte final, referem-se à obrigação de promover a persecução penal de autores de graves violações a direitos humanos, inclusive nos casos de desaparecimento forçado de pessoas.

O item 10 aponta para a atividade de busca de restos mortais de desaparecidos políticos. O item 11 trata da obrigação do Estado de garantir assistência médica, psicológica e psiquiátrica às vítimas. Os itens 12 e 13 referem-se à publicação da sentença e à realização de ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional. O item 14 determina desenvolvimento do ensino de direitos humanos nas Forças Armadas. O item 15, parte inicial, determina adoção de medidas para tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. O item 16 refere-se à obrigação de revelar informações sobre a Guerrilha do Araguaia, e os itens 17 a 19 tratam do pagamento de reparações.

O arguente, como visto, requer nesta ADPF que o Supremo Tribunal Federal determine aos órgãos do Estado o cumprimento de todas essas determinações.

Há, porém, carência parcial de viabilidade da iniciativa.

Com efeito, à exceção da matéria criminal (itens 9 e 15, parte final, dos pontos resolutivos da sentença da Corte Interamericana), a ação não traz elementos probatórios mínimos de que ocorra desrespeito ao decidido no processo internacional e, portanto, mesmo em tese, a preceitos fundamentais da Constituição da República.

Refere a petição inicial como elemento de prova da alegação apenas que o Ministério Público Federal produziu relatório explicando dificuldades para implementar a persecução criminal. Para os demais aspectos, há tão somente referência ao inconcluso trâmite de processos legislativos e à falta de localização de restos mortais de desaparecidos políticos.

Assiste razão à Advocacia-Geral da União, quando sublinha o fato de que a inicial não indica em que consistiu o alegado descumprimento das obrigações de fazer de natureza não criminal. Adequada identificação dos atos impugnados é essencial ao juízo acerca do cabimento da ADPF e do objeto da tutela jurisdicional, de modo que, sem especificação, pelo autor, dos atos e omissões atribuídos ao poder público, não é possível a delimitação do objeto da lide.

Por esse motivo, não comporta conhecimento o pedido cumulativo genérico veiculado a fl. 14 da inicial, consistente na determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, de que “todos os órgãos do Estado brasileiro deem cumprimento integral” aos pontos decisórios da sentença do caso GOMES LUND.

Com referência ao pedido principal, relacionado à incidência da Lei da Anistia, a petição inicial limita-se a mencionar, como fundamentos, as “dificuldades encontradas pelo MPF para promover as ações penais” (sem, porém, nomeá-las) e a não aprovação, até a presente data, dos projetos de lei voltados a conferir interpretação autêntica à Lei 6.683/1979.

A Corte IDH declarou sem validade as disposições de anistia veiculadas pela Lei 6.683/1979 que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, as quais não podem obstaculizar a investigação, identificação e punição dos responsáveis, nos casos relativos à chamada Guerrilha do Araguaia ou em outros episódios de graves violações a direitos humanos ocorridos no Brasil

Em resposta, tanto a AGU quanto a Presidência da República indicaram a instauração de mais de 187 procedimentos criminais no Ministério Público Federal, além de nove ações penais, tanto em relação a crimes permanentes quanto aos instantâneos, a sugerir que “a existência, por si só, da Lei de Anistia não impede a investigação e a propositura de ações penais”.

Por veicular causa de exclusão da punibilidade (art. 107, inciso II, do Código Penal),⁸ o conteúdo da Lei 6.683/1979 dirige-se, primordialmente, aos integrantes do sistema de justiça criminal e ordena-lhes que se abstenham de promover a persecu-

8 **“Extinção da punibilidade**

Art. 107. Extingue-se a punibilidade: [...]

II – pela anistia, graça ou indulto; [...].”

ção penal de certas condutas abrangidas pela anistia. No ponto resolutivo 3, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou sem efeito as disposições da lei que impeçam investigação e sanção de graves violações de direitos humanos. Também declarou que o Brasil é responsável pela violação das garantias judiciais e da proteção judicial previstas nos artigos 8(1) e 25(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica),⁹ pela falta de investigação dos fatos e pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis (ponto resolutivo 5).

Da mesma forma, no ponto resolutivo 9, determinou que o “Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257” da sentença.

9 Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Artigo 8 – 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, para que se determinem seus direitos ou obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

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.

[...]”.

Desse modo, alguns parâmetros da persecução penal a ser desenvolvida pelos órgãos competentes do Estado brasileiro foram definidos na sentença internacional, nos parágrafos 256 e 257. Destaca-se o item *b* do parágrafo 256, o qual define que a responsabilização criminal deverá

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

Em acréscimo, o parágrafo 257 definiu que “o Estado deve garantir que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar.”

A sentença internacional da corte de direitos humanos fixou, portanto, que o Estado brasileiro deve promover a responsabilização penal dos autores materiais e intelectuais de crimes cometidos com graves violações aos direitos humanos¹⁰ – seja na Guerrilha

10 No § 171 da sentença da Corte IDH, indicam-se, em rol apenas exemplificativo, alguns dos atos que caracterizam grave violação a direitos humanos:

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

do Araguaia, seja em casos semelhantes – dentro de quadro normativo que afasta, entre outros aspectos, a aplicação de preceitos de anistia, seja da Lei 6.883/1979 ou de disposição análoga, e de prescrição. Ademais, deve considerar que nos casos de desaparecimento forçado de pessoas se trata de crime permanente (ou continuado, na linguagem dos países de origem espanhola), “cujos efeitos não cessam enquanto não se estabelece a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade sejam determinada” (parágrafo 179).

Apesar disso, o documento acostado à inicial trouxe informações oficiais – complementadas por pesquisas da Procuradoria-Geral da República – de que distintos órgãos judiciais nacionais estão a desconsiderar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND e impedem a persecução penal justamente sob invocação de anistia e prescrição, como se indicará adiante. Ignoram, ainda, a natureza de crime permanente do desaparecimento forçado, tipificado, pelo Ministério Público Federal, à luz do direito interno, como sequestro ou ocultação de cadáver.

disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (p. 64 do arquivo eletrônico da sentença).

Na nota de rodapé ao fim desse § 171, a sentença registra alguns desses precedentes:

“*Cf. Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito. Sentença de 14 de março de 2001. Série C Nº 75, par. 41; Caso La Cantuta, nota 160 supra, par. 152, e Caso Do Massacre de Las Dos Erres, nota 186 supra, par. 129.*”

Desse modo, a partir da prolação da sentença, as instituições do sistema de justiça criminal brasileiro estão, todas, juridicamente obrigadas a promover a persecução penal dos condutas que constituam “graves violações a direitos humanos” cometidas por agentes do regime ditatorial.

Não obstante o esforço do Ministério Público Federal, evidenciado pelas 9 ações penais já ajuizadas e pelas 187 investigações em andamento a respeito de delitos cometidos durante a ditadura militar, é necessário reconhecer a ocorrência de decisões judiciais posteriores e contrárias à sentença do caso GOMES LUND, veiculadoras de resoluções aptas afetar a integridade de preceitos fundamentais (para citar a expressão empregada pelo Ministro CELSO DE MELLO no julgamento da ADPF 187/DF).¹¹

Conforme apurou a Procuradoria-Geral da República, das 9 ações ajuizadas pelo MPF em face de 22 agentes civis e militares envolvidos em crimes de lesa-humanidade cometidos durante a ditadura militar, apenas 3 se encontram com instrução em andamento; nas outras 6 ocorreu trancamento da ação penal por decisão em *habeas corpus* ou rejeição da denúncia, ratificada ou não posteriormente pelo tribunal correspondente. Em vários casos, o fundamento da paralisação foi justamente a Lei da Anistia. Em ou-

¹¹ Disse o relator da ADPF 187/DF: “Cabe rememorar, no ponto, que esta Suprema Corte, em alguns precedentes, já reconheceu a admissibilidade da arguição de descumprimento que tenha por objeto decisões judiciais veiculadoras de comandos, resoluções ou determinações que possam afetar a integridade de preceitos fundamentais.” Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 187/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 15/6/2011, unânime. *Diário da Justiça eletrônico* 102, 28 maio 2014. Trecho citado na p. 23 do acórdão.

tros processos invocou-se prescrição e em outros ainda, descaracterizou-se a natureza permanente do crime de desaparecimento forçado (definido no Código Penal brasileiro como sequestro ou ocultação de cadáver).

Duas dessas ações referem-se especificamente a fatos da Guerrilha do Araguaia e caracterizam afronta direta ao decidido pela Corte Interamericana.

Portanto, órgãos judiciais do Estado brasileiro efetivamente erguem obstáculos concretos à persecução penal, não propriamente por ausência de lei interpretativa, como afirma a inicial. O que se verifica é o não reconhecimento do efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND por “interpretações judiciais que se antagonizam em torno do alcance que se deve dar, à luz dos grandes postulados constitucionais”,¹² ao art. 1º da Lei 6.683/1979, aos preceitos concernentes à imprescritibilidade penal, à caracterização do desaparecimento forçado de pessoas e à existência de coisa julgada – diante da sentença internacional válida e vinculante para as autoridades e órgãos do país.

Para comprovar o desrespeito, pelo Poder Judiciário brasileiro, à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, transcrevem-se abaixo, apenas de forma ilustrativa da agressão de órgãos do Estado brasileiro a preceitos constitucionais fundamentais, trechos de decisões que negaram eficácia ao ponto resolutivo 3 da sentença da Corte. Cometeram, desse modo, descumprimento aos

12 STF Plenário. ADPF 187/DF Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 15/6/2011, un. DJe 102, 28 maio 2014. Trecho citado na p. 28 do acórdão.

preceitos fundamentais previstos no art. 4º, inciso II, da Constituição da República,¹³ e às obrigações internacionais estabelecidas para o Estado brasileiro:

a) decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 0068063-92.2012.4.01.0000/PA:¹⁴

A lei da anistia tornou juridicamente impossível a persecução penal em exame, sem falar que os fundamentos da decisão, que, em juízo de retratação, recebeu a denúncia, têm base em premissas cuja lógica é apenas teórica e conceitual, sem uma efetiva conexão com os fatos do processo, com a devida licença.

[...]

Não é aceitável, sem ilegalidade, que o juízo de admissibilidade da ação, diante de fatos já exauridos nos planos da análise histórica, política e, sobretudo, jurídica, desconsidere-os todos, inclusive o veredicto do STF sobre a matéria, que se alça ao nível de impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de ser necessária a instrução processual.

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso GOMES LUND, cujo resultado, ao que se afirma, impôs ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, e nem na decisão do STF sobre a matéria. [...]

b) decisão da 2ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro de rejeição da denúncia na ação penal 0801434-65.2013.4.02.5101:¹⁵

13 *Vide* transcrição na nota 5.

14 Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 4ª Turma. *Habeas corpus* 0068063-92.2012.4.01.0000/PA. Rel.: Juiz OLINDO MENEZES. 18/11/2013, maioria. *e-DJF1* 6 dez. 2013.

15 Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 2ª Vara Federal Criminal. Ação penal 0801434-65.2013.4.02.5101. Juiz Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU. 5/6/2013.

[...] a decisão do caso *LUND vs BRASIL* é de eficácia duvidosa, posto que prolatada em desconformidade com o termo de submissão do Brasil à competência da Corte IDH.

[...]

Ante o exposto, resta concluir que aqui não me cabe confrontar a Lei da Anistia com a sentença proferida pela Corte IDH no caso *GOMES LUND vs BRASIL*. Trata-se de sentença com eficácia restrita ao Estado-parte, desvinculada dos fatos narrados na presente denúncia, e que geraria – independentemente de qualquer obrigação indenizatória no campo internacional por descumprimento – inoportuna e ilegal revisão de normas estáveis de direito interno.

c) decisão da 10ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo de rejeição da denúncia no processo 0004204-32.2012.4.03.6181, em 22 de maio de 2012:¹⁶

No que se refere ao efeito vinculante da sentença proferida pela Corte IDH no caso *GOMES LUND*, impende ressaltar que, embora não tenha o STF enfrentado especificamente tal ponto, porque posterior ao julgamento da ADPF 153, não deixou de consignar que a Lei de Anistia não pode sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte de instrumentos normativos promulgados após sua vigência.

d) decisão da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no recurso em sentido estrito 0004204-32.2012.4.03.6181/SP:¹⁷

Alegações de inoponibilidade da anistia e de descumprimento de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se aduz ser posterior a ADPF nº 153 rejeitadas porquanto decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, atingem todos e atrelam os demais órgãos do Poder Público, cabendo ao próprio Su-

16 Seção Judiciária de São Paulo. 10ª Vara Federal Criminal. Notícia de crime 0004204-32.2012.4.03.6181. Juiz Federal Substituto MÁRCIO RACHED MILLANI.

17 TRF/3ª Região. 2ª T. Recurso em sentido estrito 0004204-32.2012.4.03.6181/SP. Rel.: Juiz PEIXOTO JÚNIOR. 9 abr. 2013, maioria. DE 29 abr. 2013.

premo Tribunal Federal eventual revisão, ademais tendo o Brasil promulgado a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, o que não é o caso dos autos. Inteligência dos artigos 10, § 3º, da Lei 9.882/99 e 102, inciso I, alínea I, § 1º, da Constituição Federal.

e) decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no HC 0005684-20.2014.4.02.0000:¹⁸

[...] tanto a denúncia quanto a decisão que a recebeu, revelam notável inconformismo com o sepultamento de investigações de fatos ocorridos em época de governo militar, definitivamente lançados à paz do arquivo, não só em função da extinção da punibilidade de todos os envolvidos em face do tempo decorrido, mas também pelo perdão e esquecimento outorgados pelos legítimos representantes do povo brasileiro, através do instituto da anistia. Inconformismo, resalte-se, em relação a apenas um dos lados dos envolvidos naqueles fatos.

No julgamento das ADPFs 33/PA, 144/DF e 187/DF, essa Suprema Corte assentou a admissibilidade de ADPF contra interpretação judicial de que possa resultar lesão a preceito fundamental. O ato impugnado naqueles casos foi a interpretação judicial dada a certos dispositivos normativos, julgada incompatível com preceitos fundamentais.

Nesses termos, deve reconhecer-se admissível, sob a perspectiva do postulado da subsidiariedade, a utilização do instrumento processual da arguição de descumprimento de preceito fundamental contra interpretações judiciais que, contrariando o disposto na sentença GOMES LUND, declarem extinta a punibilidade de agentes

18 TRF/2ª Região. 1ª T. Especializada. HC 0005684-20.2014.4.02.0000. Rel.: Juiz ANTONIO IVAN ATHIÉ. 2/7/2014, maioria. DJ 30 jul. 2014.

envolvidos em graves violações a direitos humanos, com fundamento na Lei da Anistia, por óbices de prescrição da pretensão punitiva do Estado ou por não caracterizarem como crimes permanentes o desaparecimento forçado de pessoas, ante a tipificação de sequestro ou de ocultação de cadáver. Essas interpretações violentam preceitos fundamentais da Constituição da República, de maneira a ensejar a admissibilidade da arguição.

A tutela buscada, nos moldes do precedente da ADPF 187/DF e em reconhecimento ao caráter vinculante da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, almeja dar ao art. 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, interpretação conforme à Constituição, de modo a excluir qualquer exegese que possa ensejar extinção da punibilidade de crimes de lesa-humanidade, ou a eles conexos, instantâneos ou permanentes, cometidos por agentes civis ou militares do Estado, no exercício da função ou fora dela, inclusive por parte dos órgãos do sistema de justiça responsáveis pela persecução penal (Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia).

É cabível a ADPF também pela hipótese do art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.882/1999, na medida em que as decisões judiciais acima referidas se contrapõem a outras 6 decisões, adotadas nos seguintes processos, as quais corretamente aceitaram a viabilidade da ação penal que o Ministério Público Federal promoveu:

- a) processo 0001162-79.2012.4.01.3901, 2ª Vara Federal de Marabá (PA) – decisão de recebimento da denúncia (de 29 de agosto de 2012) pelo crime de sequestro qualificado (CP, art. 148, *caput* e § 2º),¹⁹ em juízo de retratação ante recurso em sentido estrito interposto de primeira decisão que não recebera a denúncia;
- b) processo 0001162-79.2012.4.01.3901, 2ª Vara Federal de Marabá (PA) – decisão de recebimento da denúncia (de 29 de agosto de 2012) pelo crime de sequestro qualificado (CP, art. 148, *caput* e § 2º);
- c) processo 0001162-79.2012.4.01.3901, 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo – decisão de recebimento da denúncia (de 23 de outubro de 2012) pelo crime de sequestro qualificado (CP, art. 148, *caput* e § 2º);
- d) processo 0003088-91.2013.4.01.3503, Vara Única de Rio Verde (GO) – decisão de recebimento de denúncia (de 9 de janeiro de 2014) pelo crime de ocultação de cadáver (CP, art. 211);²⁰
- e) processo 0017766-09.2014.4.02.5101, 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro – decisão de recebimento da denúncia (de 13 de maio de 2014) pelos crimes de tentativa de homicídio

19 “**Sequestro e cárcere privado**

Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado:

Pena – reclusão, de um a três anos.

[...]

§ 2º. Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.”

20 *Vide* transcrição do dispositivo na nota 2.

doloso, associação em organização criminosa, transporte de explosivos, favorecimento pessoal e fraude processual;

f) processo 0023005-91.2014.4.02.5101 – 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro – decisão de recebimento da denúncia (de 26 de maio de 2014) pelos crimes de homicídio, ocultação de cadáver, quadrilha armada e fraude processual (CP, arts. 121, § 2º, 211, 288, parágrafo único, e 347).²¹

21 **“Homicídio simples**

Art. 121. Matar alguém:

Pena – reclusão, de seis a vinte anos.

[...]

Homicídio qualificado

§ 2º. Se o homicídio é cometido:

I – mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II – por motivo fútil;

III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V – para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena – reclusão, de doze a trinta anos.

Quadrilha ou bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: [Art. 288 na redação anterior à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013.]

Pena – reclusão, de um a três anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Fraude processual

Art. 347. Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena – detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.”

Em todas essas manifestações judiciais há como ponto comum a controvérsia constitucional acerca da vinculação dos órgãos judiciários à decisão da Corte Interamericana. Esse é elemento suficiente para garantir a admissibilidade da ADPF.

Portanto, a arguição é cabível na parte em que argui descumprimento de preceitos fundamentais pela recusa de órgãos do sistema de justiça brasileiro em dar concretude à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos tomada no caso GOMES LUND, especificamente ao determinar a responsabilização dos autores de graves violações a direitos fundamentais, com afastamento dos preceitos internos relativos à anistia e à prescrição, assim como a caracterização da permanência nas hipóteses de desaparecimentos forçado de pessoas. Há potencial violação aos preceitos dos artigos 1º, inciso III (princípio da dignidade do ser humano), 4º, inciso II (prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais), 5º, §§ 1º e 2º (eficácia plena e imediata de preceitos de proteção a direitos fundamentais e aplicabilidade dos tratados internacionais de direitos humanos), todos da Constituição da República, e ao artigo 7º do ADCT (vinculação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos).²²

II.2. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* EM FACE DA ADPF 153/DF

Não deve prosperar a posição manifestada pelo Congresso Nacional (peça 23), pois o objeto desta ADPF não é igual àquele decidido na ADPF 153. Ali, declarou-se a **constitucionalidade** da

²² *Vide* transcrição dos dispositivos na nota 5.

lei que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos ou conexos com estes, no período entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Aqui, trata-se do controle dos efeitos da Lei 6.683/1979 em decorrência de decisão judicial vinculante da Corte IDH, superveniente ao julgamento da ADPF 153, com declaração de ineficácia parcial da lei nacional.

Conquanto os efeitos concretos de ambas as ADPFs orbitem em torno da responsabilidade criminal de agentes públicos envolvidos com a prática de crimes durante a repressão à dissidência política na ditadura militar, a matéria jurídica a ser decidida é manifesta e essencialmente distinta. Na presente ADPF não se cogita de reinterpretar a Lei da Anistia nem de lhe discutir a constitucionalidade (tema submetido a essa Suprema Corte na ADPF 153), mas de estabelecer os marcos do diálogo entre a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos (plenamente aplicável à República Federativa do Brasil, que a ela se submeteu de forma voluntária, soberana e válida) e a jurisdição do Poder Judiciário brasileiro.

Em segundo lugar, porque, como observou ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, **não existe conflito** entre a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a da Corte Interamericana no caso GOMES LUND. O que há é exercício do **sistema de duplo controle**, adotado em nosso país como decorrência da Constituição da República e da integração à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: o **controle de constitucionalidade nacio-**

nal e o controle de convencionalidade internacional. “Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.”²³

Na ADPF 153, o STF efetuou controle de constitucionalidade da Lei 6.683/1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão de punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Não efetuou – até porque não era esse o objeto daquela ação – o chamado controle de convencionalidade da norma:

[O] STF, que é o guardião da Constituição [...] exerce o controle de constitucionalidade. [...] De outro lado, a Corte de San José é a guardiã da CADH [Convenção Americana sobre Direitos Humanos] e dos tratados de DH que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte Interamericana, a Lei de Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Mais: sequer as alegações de prescrição, *bis in idem* e irretroatividade da lei penal *gravior* merecem acolhida.

[...]

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

Por sua vez, as teses defensivas de prescrição, legalidade penal estrita etc., também deveriam ter obtido a anuência dos dois controles.

Como tais teses defensivas não convenceram o controle de convencionalidade e dada a aceitação constitucional da in-

23 RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

ternacionalização dos DH, não podem ser aplicadas internamente.²⁴

Ressalte-se, mais uma vez, que a sentença da Corte IDH é **posterior** ao acórdão na ADPF 153/DF. Com efeito, a decisão internacional é de 24 de novembro de 2010, ao passo que o julgamento da ADPF 153/DF se concluiu em 29 de abril de 2010. Desse modo, a decisão internacional constitui ato jurídico novo, não apreciado pelo STF no julgamento da ação pretérita.

Não há, portanto, óbice ao conhecimento desta ação, no que se refere ao efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND com referência a interpretações judiciais antagônicas em torno do alcance que se deve dar aos preceitos fundamentais do Estado brasileiro.

II.3. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO QUANTO A CRIMES CONTINUADOS

No que tange a crimes continuados, a ADPF não comporta conhecimento, porquanto não há prova de decisão judicial que haja, em caso concreto de continuidade delitiva, invocado a Lei da Anistia para dar efeitos ultra-ativos à norma extintiva da punibilidade.

Como é sabido, há continuidade delitiva quando dois ou mais crimes da mesma espécie são praticados em condições de

24 RAMOS, André de Carvalho. A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217-218.

tempo, lugar e modo de execução similares; nessas circunstâncias, por motivos de política criminal, o art. 71 do Código Penal determina unificação das penas.²⁵

Diversamente do que ocorre nos crimes permanentes, nos quais há apenas uma ação que se prolonga no tempo, nos delitos continuados há dois ou mais crimes, que podem ser instantâneos ou permanentes, cometidos em sequência.

Se uma das infrações foi cometida antes da Lei da Anistia e a outra depois, a segunda certamente não está abrangida pela lei, pois a norma não possui efeito ultra-ativo. A esse respeito não se tem notícia de controvérsia jurídica a justificar a concessão excepcional de provimento pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade. Com respeito ao crime antecedente, a incidência da causa de extinção de punibilidade independe do reconhecimento do caráter continuado do delito: se o crime estiver incluído entre as graves violações a direitos humanos que o Estado brasileiro está obrigado a investigar e responsabilizar, a Lei da Anistia

25 “**Crime continuado**

Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único. Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.”

não é apta a produzir efeitos válidos. Caso contrário, deverá produzir efeitos regulares.

Em outras palavras, uma vez que a anistia se aplica a **crimes** cometidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, eventual ocorrência de continuidade delitiva é irrelevante no que se refere à incidência da lei, pois cada conduta criminosa possui seu próprio momento consumativo. Caso este tenha ocorrido após o período previsto na lei, inexistente controvérsia judicial a justificar o conhecimento da ADPF. Se houver ocorrido durante o período de eficácia da lei, a controvérsia não concerne à continuidade delitiva, mas ao efeito vinculante da sentença do caso GOMES LUND.

III. MÉRITO

No mérito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental merece procedência parcial, nos termos e pelas razões abaixo enumerados.

III.1. PRECEITOS FUNDAMENTAIS DESCUMPRIDOS

Conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e da doutrina do Direito Constitucional brasileiro, são preceitos fundamentais, para o fim de verificar cabimento e procedência de ADPF, as normas dos arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Constituição da República.

No caso, o resultado da inércia dos Poderes do Estado brasileiro e as interpretações e aplicações que têm eles extraído e ado-

tado acerca da vinculatividade e do conteúdo da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND contra o Brasil violam os arts. 1º, III, 4º, I, e 5º, §§ 2º e 3º da Constituição da República de 1988.

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

Por outro lado, a respeito dos arts. 1º, III, e 4º, I, ambos os preceitos violados interagem em nexo de implicação e reforço mútuos. A dignidade humana é não apenas um direito, mas fundamento de todos os direitos humanos. E o conjunto de direitos do ser humano protege-o como ser digno de proteção especial apenas pela sua condição humana.

Uma das tendências mais marcantes do pensamento constitucional contemporâneo é a convicção amplamente difundida de que o fundamento de validade dos direitos do homem é o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da Constituição da República). Este concentra o núcleo do sistema de direitos fundamentais

protetivo dos indivíduos, que não podem ser subjugados pelas chamadas razões de Estado, por interesses públicos ou coletivos.

A dignidade humana é a medida e o fundamento de todos os direitos fundamentais e o centro da proteção ao indivíduo, reconhecendo no homem singularidade não puramente corporal ou animal, mas também racional. Mais do que atribuir-lhe racionalidade, trata-se de reconhecer a característica de ser capaz de tomar a si mesmo como objeto da própria reflexão. A razão é propriedade única do ser humano nesse sentido reflexivo de posicionar-se frente ao mundo, de perceber sua existência e o fim dela, projetando sua morte (DILTHEY). Também é marca de ser capaz de programar-se entre os atos pretéritos e as expectativas do futuro, revelando-se mais que um “ser” um “poder-ser”, ou seja, ser em potencial e em constante evolução, ente em “permanente inacabamento” (HEIDEGGER) e por esse motivo insubstituível. É por causa dessa singularidade que o ser humano possui especial proteção jurídica, em constante aperfeiçoamento.

A consagração da dignidade do homem é a métrica e a lógica do sistema internacional de direitos humanos e perpassa a constituição das principais nações cuja tradição jurídica influenciou a construção do Direito brasileiro. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1948, afirma que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos” (art. I). A Constituição Portuguesa de 1976 inicia com os seguintes dizeres:

“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Na Constituição Espanhola de 1978, o art.10 afirma que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social”. A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, declara que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3º). A Lei Fundamental Alemã de 1949 estabelece, no art. 1º: “A dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado”.

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

Se o fundamento dos direitos humanos é a existência de cada mulher e homem, cujo valor ético é único e insubstituível, os direitos humanos (art.4º, I, da CR/88), para sua verificação, independentem de outra concretização que não a qualidade de “pessoa” dos sujeitos dignos de proteção.

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

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

Consoante salientam amplamente doutrina e jurisprudência, o déficit de proteção estatal às vítimas de crimes e graves violações de direitos humanos caracteriza omissão não permitida, vedada no Estado de Direito pela proibição de proteção insuficiente (a conhecida *Untermassverbot* da doutrina publicista, já reconhecida em decisões do Supremo Tribunal Federal). Bem registrou essa Corte no *habeas corpus* 102.087/MG (*sic*):

[...] Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). [...] ²⁶

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

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

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

O Brasil promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica) por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.²⁷ Posteriormente, nos termos do art. 1º do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu de maneira expressa e irrestrita como “obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

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

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

todo caso em que forem partes.” Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira.

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

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

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

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

Essa recusa tem sido causada por interpretação parcial da respeitável decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF, a qual, conforme se apontou, apreciou a constitucionalidade da Lei da Anistia. Os órgãos que têm negado eficácia à sentença no caso GOMES LUND não têm levado em linha de conta que essa lei precisaria igualmente superar o controle de convencionalidade, exercido pela Corte IDH nos limites de sua competência, ao qual o Brasil se submeteu. Nesse exame, contudo, a Lei 6.683/1979 foi considerada inválida e ineficaz, nos termos já expostos.

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

Tanto no plano formal, como no substancial, não há mácula a comprometer a constitucionalidade desses atos. O texto da Convenção, assim como o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, foram aprovados de forma regular pelo Congresso Nacional (pelos Decretos Legislativos 27, de 26 de maio de 1992, e 89, de 3 de dezembro de 1998). Ambos foram ratificados internamente pelos Decretos presidenciais 678, de 6 de novembro de 1992, e 4.463, de 8 de novembro de 2002. Portanto, o procedimento fixado constitucionalmente para ratificação do tratado foi fielmente seguido (Constituição Federal, arts. 49, I, e 84, VIII).²⁸

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

Em realidade, à luz do comando do art. 7º do ADCT, inconstitucionalidade poderia existir se o Estado brasileiro imotivadamente se omitisse em ingressar e participar do sistema

28 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

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

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

interamericano de direitos humanos, que comporta no seu seio a Corte IDH.

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

A esse respeito, acertadamente nota ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:²⁹

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

No mesmo sentido é a ponderação de FLÁVIA PIOVESAN: “Note-se que a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento”.³⁰

Não há, no particular, afronta alguma à soberania nacional, como aponta MARLON ALBERTO WEICHERT:

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

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

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

interno. Outrossim, nenhum Estado estrangeiro compeliu o País a tomar parte desses atos e organismos internacionais.³¹

É indispensável reconhecer que há diálogo integrativo das competências dos tribunais internacionais de direitos humanos e das cortes internas, consoante bem aponta ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:³²

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

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

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

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

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

fruto do pluralismo normativo, aptos a serem solucionados pela via hermenêutica”.³³

Premissa dessa compreensão é a “aceitação da compatibilidade das normas constitucionais com a normatividade internacional de proteção aos direitos humanos como presunção absoluta, em face dos princípios da Constituição de 1988”, isso porque “a Constituição brasileira atual, ao estabelecer um Estado Democrático de Direito e o apego à primazia dos direitos fundamentais da pessoa humana, não pode ser vista como obstáculo a uma maior proteção da pessoa humana, obtida em dispositivos internacionais”.³⁴

A alternativa à teoria da compatibilidade como presunção absoluta é a aceitação da supremacia da Constituição sobre a norma internacional de direitos humanos ou a aceitação da revogação de norma constitucional por estar em contradição com a norma internacional, quando a contradição, se vislumbrada pelo intérprete, é meramente aparente. Fazendo o paralelo com possíveis choques entre normas constitucionais originárias, vê-se que é pacífica a necessidade de conciliação entre dois dispositivos constitucionais aparentemente opostos. O mesmo deve se dar com a aparente oposição entre a norma constitucional e a norma internacional, sob pena de, ao enfatizar a supremacia da Constituição, fixe-se uma interpretação constitucional contrária a proteção internacional de direitos humanos, o que certamente fere o espírito da própria Constituição. Assim, ironicamente, ao se afirmar a supremacia da Constituição, viola-se o seu caráter protetivo de direitos humanos.³⁵

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

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

35 RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de*

O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil, registra CARVALHO RAMOS em outra obra, é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que aludem a “tratados de direitos humanos”, como os §§ 2º e 3º do art. 5º e o art. 7º do ADCT/1988. Indaga ele: “de que adiantaria a Constituição pregar o respeito a tratados internacionais de direitos humanos se o Brasil continuasse a interpretar os direitos humanos neles contidos nacionalmente?”³⁶

Em sentido convergente, a Corte Suprema de Justiça argentina, no julgamento sobre as Leis “Ponto Final”³⁷ e “Obediência Devida”³⁸ daquele país, igualmente registrou que “de nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional”.³⁹

direitos humanos. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004. p. 129-130.

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

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

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

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

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

Não se está aqui tampouco a afirmar que a corte internacional seja hierarquicamente superior aos tribunais internos ou que ela se destine ao papel de órgão de cassação das decisões nacionais. Não é essa a visão pertinente a esta discussão. Ocorre que, como nota ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE:⁴⁰

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

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

Com efeito – prossegue:⁴¹

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

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

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

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

Na síntese de ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS:⁴²

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

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

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

Não obstante esse dever de respeito por parte de todos os órgãos estatais ao decidido pela Corte IDH, comprovou-se que em diversas decisões ações propostas pelo Ministério Público Federal –

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

em casos relacionados diretamente à Guerrilha do Araguaia e também em outros de possível grave violação a direitos humanos – juízes e tribunais federais (a) recusam efeito vinculante à sentença internacional e (b) impedem o prosseguimento da persecução penal por fundamentos de anistia, prescrição e coisa julgada.

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

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

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

Após a decisão da ADPF 153/DF, o tribunal internacional com jurisdição e competência para julgar a matéria proferiu sentença de mérito afirmando que “o Estado [brasileiro] é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial

previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 [...], pela falta de investigação dos fatos do [...] caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada”. Declarou, também, que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”.

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

Na perspectiva do direito internacional, é irrelevante que os obstáculos opostos à aplicação da lei penal sejam estabelecidos pelo Poder Judiciário do Estado-parte, pois, para o direito aplicável, o ato judicial é fato que, como outros emanados dos órgãos nacio-

nais legislativos e executivos, expressa a vontade do Estado no sentido de cumprir (ou não) as sentenças emanadas dos tribunais internacionais competentes a que o Estado se haja voluntariamente submetido.

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

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

Na hipótese de decisão tardia, argumenta-se que a delonga impede que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz. A doutrina consagrou o termo denegação de justiça (ou “*déni de justice*”) que engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, o que ocorre, por exemplo, na delonga na prolação do provimento judicial devido ou mesmo na inexistência de tribunais.⁴³

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

Na situação objeto desta ADPF, em razão da pacífica jurisprudência da Corte IDH inaugurada no caso *VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ vs. HONDURAS*,⁴⁴ o Estado brasileiro pode ser responsabilizado pela omissão em punir, o que caracterizaria a denegação de justiça, com o nascimento de sua responsabilização internacional.

No caso *GOIBURÚ E OUTROS vs. PARAGUAI* (2006), a propósito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos delineou a possibilidade de controle jurisdicional de convencionalidade da proteção penal insuficiente conferida a certos direitos, ao julgar que o Código Penal paraguaio não tipificava adequadamente as condutas de “desaparecimento forçado” e “tortura”:⁴⁵

44 Sentenças de 26 de junho de 1987 (sobre exceções preliminares), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodri> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf >, de 29 de julho de 1988 (sobre o mérito), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodrF> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf >, e de 21 de julho de 1989 (sobre indenização e custas), disponível em < <http://bit.ly/CIDHVelRodr89> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf >, acesso em 27 ago. 2014.

45 Sentença de 22/9/2006, p. 63. Disponível em: < <http://bit.ly/CIDHGoiburu> > ou < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf >; acesso em 26 ago. 2014. No original em espanhol: “[...] el Tribunal considera que si bien los tipos penales vigentes en el Código Penal paraguayo sobre tortura y ‘desaparición forzosa’ permitirían la penalización de ciertas conductas que constituyen actos de esa naturaleza, un análisis de los mismos permite observar que el Estado las tipificó de manera menos comprensiva que la normativa internacional aplicable. El Derecho Internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor

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

Como bem aponta JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES:

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

severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar.”

direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade.⁴⁶

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

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

Esse aspecto ajudar a reforçar a diferença de extensão entre a decisão dessa Suprema Corte na ADPF 153/DF e a sentença internacional no caso GOMES LUND. Enquanto naquela a decisão foi pela constitucionalidade da anistia a agentes estatais, em quaisquer crimes, a sentença da Corte IDH é de abrangência mais limitada: considerou a invalidade da anistia apenas nos casos de graves violações a direitos humanos e especialmente no de desaparecimentos

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

forçados. A Corte de São José, portanto, não reviu a decisão do STF (até porque lhe falta competência a tanto), mas apontou que para garantir proteção judicial de vítimas de graves violações a direitos humanos, são inaplicáveis determinadas normas internas, entre elas preceitos de anistia, prescrição e coisa julgada. Nos demais casos, permanece de aplicação exclusiva o acórdão prolatado na ADPF 153/DF e demais óbices normativos existentes à responsabilização criminal.

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

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

dar de modo integral, salvo previsão específica no próprio texto (a qual inexistente no caso da Convenção Americana).⁴⁷

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

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

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

O Brasil não é o único Estado do continente onde atrocidades foram cometidas contra dissidentes do regime, tampouco o único a ser condenado a promover a persecução penal de desaparecimentos forçados, execuções sumárias e outras condutas que, já

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

na época, eram tipificadas como crimes nos respectivos ordenamentos internos.

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

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

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

Não se diga, por fim, que a Corte IDH carece de jurisdição sobre fatos anteriores a dezembro de 1998, data da publicação do Decreto Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998, que reconhe-

ceu a competência contenciosa da corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. É que, consoante a jurisprudência da própria Corte IDH, intérprete autorizada de seus próprios atos, as violações de direitos fundamentais objeto da sentença do caso GOMES LUND não dizem diretamente respeito a atos atentatórios à vida, à integridade física e à liberdade dos mortos e desaparecidos políticos, perpetrados nas décadas de 1970 e 1980, mas à omissão estatal em buscar o paradeiro dos desaparecidos e em investigar e promover a responsabilização penal dos agentes estatais envolvidos em graves violações a direitos humanos cometidas durante a ditadura militar. Essa omissão possui caráter permanente e prolonga-se até a presente data, motivo pelo qual a Corte IDH possui plena competência para decidir a respeito dos efeitos presentes da Lei 6.683/1979 e da omissão estatal em promover a persecução penal dos crimes cometidos no período, inclusive os de caráter instantâneo, quando imprescritíveis.

III.3. “CRIMES DE GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS”

Uma vez que não existe, no sistema jurídico brasileiro, a categoria “crimes de graves violações de direitos humanos”, supõe-se que a pretensão do arguente se volte contra condutas que, ao tempo da ação, eram tipificadas como criminosas, e simultaneamente, sejam consideradas “graves violações a direitos humanos” para fins de incidência dos pontos resolutivos 3 e 9 da sentença do caso GOMES LUND.

Como já referido, o ponto 3 da sentença contém decisão de natureza declaratória, formulada nos seguintes termos:

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

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

gais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

No caso, importa definir quais condutas típicas alcançadas pela Lei da Anistia devem ser consideradas “graves violações de direitos humanos” para o fim de determinar o (re)início da persecução penal. Convém notar que o termo “graves violações de direitos humanos” é plurívoco e reconhecidamente pouco operativo para definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal. É também fator de insegurança jurídica, uma vez que não fixa, com a certeza exigida pelos ordenamentos de tradição continental, quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais e, dentre estas, quais constituem violação de direitos humanos suficientemente grave para afastar a incidência da prescrição, da anistia e de outras causas de exclusão da punibilidade usualmente reconhecidas nesses ordenamentos. O problema, observa NAOMI ROHT-ARRIAZA, é que “a linguagem usada em alguns casos... parece ignorar distinções e gradações, tanto em intensidade como em escopo, entre violações de direitos humanos. Assim, literalmente qualquer violação a direitos humanos reconhecida em tratado ou costume... estaria sujeita às obrigações de investigar, promover a ação penal e reparar o dano.”⁴⁸

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

A decisão da Corte IDH no mencionado caso BARRIOS ALTOS (2001) completa a sentença de VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ (1988),⁴⁹ na qual, pela primeira vez, aquele tribunal reconheceu o dever dos Estados-membros do sistema interamericano de investigar e punir graves violações a direitos humanos. Em ambos os casos, tratava-se de garantir a responsabilização de militares envolvidos na tortura e execução sumária de dissidentes políticos, e a Corte nitidamente optou por não definir de forma taxativa nem os crimes que merecem punição (pois o rol apresentado é exemplificativo), nem as causas de exclusão da punibilidade inadmitidas pelo sistema. Em BARRIOS ALTOS, o critério para afastar as causas de extinção da punibilidade (aparentemente qualquer uma, com exceção da morte do agente) parece ter sido apenas a natureza não derogável do direito humano violado .

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

⁴⁹ *Vide* referência na nota 44.

direito costumeiro ou dos tratados, responsabilidade criminal individual do agressor.

A referência à responsabilização criminal individual do agressor, pelo Direito Internacional, costumeiro ou convencional, aponta para a sinonímia entre os conceitos de “graves violações de direitos humanos” e crimes de lesa-humanidade para fins de definição do objeto da persecução penal estabelecida na sentença do caso GOMES LUND. É o que, aliás, tem sido adotado no Ministério Público Federal, como se verifica do teor das nove denúncias até agora ajuizadas: em todas elas houve referência ao contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil em que os crimes foram praticados e a classificação dos fatos como delitos de lesa-humanidade.

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

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

As atividades de perseguição penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal, consignadas no relatório que está na peça 14,⁵⁰ juntado pelo requerente, confirmam o que há muito constitui fato notório no que se refere à história do período: os métodos empregados na repressão aos opositores do regime militar exorbitaram a própria legalidade autoritária instaurada pelo golpe de 1964. Isso ocorreu, entre outros motivos, porque o objetivo primário do sistema não era a produção de provas válidas para serem usadas em processos judiciais, como seria de esperar, mas o desmantelamento, a qualquer custo, independentemente das regras jurídicas aplicáveis, das organizações de oposição, especialmente as envolvidas em ações de resistência armada.

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

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

graves violações a direitos humanos, objeto da sentença da Corte IDH, objeto deste processo.

Nesses termos, o respeito às garantias mais fundamentais das pessoas suspeitas ou presas era frequentemente letra morta para os agentes públicos envolvidos na repressão política. Como era notório e foi atestado nos últimos meses por novas provas obtidas pelo Ministério Público Federal, a prática de invasões de domicílio, sequestros e tortura não era estranha ao sistema. Ao contrário, tais ações faziam parte do método regular de obtenção de informações empregado por órgãos como o Centro de Informações do Exército (CIE) e os Destacamentos de Operações de Informações (DOIs).

Além disso, a partir dos desaparecimentos de VIRGÍLIO GOMES DA SILVA, em São Paulo, em setembro de 1969, e de MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA, no Rio de Janeiro, no início de 1970, verificou-se cometimento sistemático do crime internacionalmente conhecido como desaparecimento forçado. Tal delito consiste na privação da liberdade de pessoa, praticada por agentes do Estado, seguida da falta de informação ou da recusa em reconhecer tal privação da liberdade ou em informar sobre o paradeiro da vítima. Este crime foi cometido contra ao menos 150 desaparecidos políticos,⁵¹ reco-

51 Cf. BRASIL. *Direito à memória e à verdade: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007. Disponível em: < <http://bit.ly/dirmever> > ou < http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf >; acesso em 25 ago. 2014. Vide quadro *apud* JOFFILY, Mariana. *No centro da engrenagem: os interrogatórios na Operação Bandeirante e no DOI de São Paulo (1969-1975)*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional; São Paulo: EDUSP, 2013.

nhecidos como tais pela Lei 9.140, de 4 de dezembro de 1995,⁵² e pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos.

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

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

A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro internacional,⁵³ que definem como tais desaparecimentos forçados,

p. 324.

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

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

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

A reprovação jurídica internacional a tais condutas e a imprescritibilidade da ação penal a elas correspondente está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945);⁵⁴ b) Lei do

formação do tratado que reproduza regra consuetudinária. Estabelece o dispositivo:

“Artigo 38

Regras de um Tratado Tornadas Obrigatórias para Terceiros Estados por Força do Costume Internacional

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

54 *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*. Londres, 8 ago. 1945. Disponível em: < <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> >, acesso em 27 ago. 2014. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, no art. 6(c): “nomeadamente, homicídio, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas na execução de ou em conexão com qualquer crime sujeito à jurisdição do Tribunal, estejam ou não em violação ao direito interno do país onde hajam sido perpetrados” (no original: “namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated”).

Conselho de Controle nº 10 (1945);⁵⁵ c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950);⁵⁶ d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954);⁵⁷

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

No original: “1. Each of the following acts is recognized as a crime: [...] (c) Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated. [...]”.

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

“Princípio VI – Os crimes doravante estabelecidos são puníveis como crimes segundo o Direito Internacional: (a) Crimes contra a paz: [...]. (b) Crimes de guerra: [...]. (c) Crimes contra a humanidade: Homicídio, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos praticados contra qualquer população civil, ou perseguições baseadas em razões políticas, raciais ou religiosas, quando tais atos sejam praticados ou tais perseguições sejam cometidas na execução de ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra. [...] 122. O

e) Resolução 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966);⁵⁸ f) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966);⁵⁹ g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967);⁶⁰ h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969);⁶¹ i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970);⁶² j) Resolução 2840 (Assembleia Ge-

Tribunal, contudo, não excluiu a possibilidade de que crimes contra a humanidade sejam cometidos também antes de uma guerra. 123. Em sua definição de crimes contra a humanidade, a Comissão omitiu a expressão 'antes ou durante a guerra' contida no artigo 6 (c) da Carta do Tribunal de Nuremberg porque essa expressão se referia a uma guerra em particular, a guerra de 1939. A omissão da expressão não significa que a Comissão considere que crimes contra a humanidade possam ser cometidos apenas durante uma guerra. Ao contrário, a Comissão é de opinião que tais crimes podem ter lugar também antes de uma guerra em conexão com crimes contra a paz. 124. De acordo com o artigo 6 (c) da Carta, a formulação acima caracteriza como crimes contra a humanidade homicídio, extermínio, escravização etc., cometidos contra 'qualquer' população civil. Isso significa que esses atos podem ser crimes contra a humanidade mesmo se forem cometidos pelo agente contra sua própria população."

No original: "Principle VI – The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: [...]. (b) War crimes: [...]. (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime. [...]" 122. The Tribunal did not, however, thereby exclude the possibility that crimes against humanity might be committed also before a war. 123. In its definition of crimes against humanity the Commission has omitted the phrase "before or during the war" contained in article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg Tribunal because this phrase referred to a particular war, the war of 1939. The omission of the phrase does not mean that the Commission considers that crimes against humanity can be committed only during a war. On the contrary, the Commission is of the opinion that such crimes may take place also before a war in connection with crimes against peace. 124. In accordance with article 6 (c) of the Charter, the above formulation characterizes as crimes against humanity murder, extermination, enslavement, etc., committed against 'any' civilian population. This means that these acts may be crimes against humanity

ral da ONU, 1971);⁶³ k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).⁶⁴

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Imprescritibilidade de Crimes de Guerra e de Crimes contra a Humanidade

even if they are committed by the perpetrator against his own population.” O histórico completo dos trabalhos da Comissão está disponível em < http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_3.htm >. Sobre o assunto, observa ANTONIO CASSESE (*International Criminal Law*. Oxford/NewYork: Oxford University Press, 2008. p. 108) que o vínculo entre crimes contra a humanidade e os crimes contra a guerra e contra a paz foi formalmente suprimido no anteprojeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, em 1996 (“It is interesting to note that the link between crimes against humanity and crimes against peace and war crimes was later deleted by the Commission when it adopted the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996”).

57 *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 (A/2693)*. Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em < <http://bit.ly/un000A> > ou < http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf >, acesso em 27 ago. 2014. Diz o comentário:

“Comentário – O texto anteriormente aprovado pela Comissão dizia o que se segue: [...]. Este texto correspondia em substância ao artigo 6, parágrafo (c), da Carta do Tribunal Militar Internacional em Nuremberg. Era, contudo, mais amplo em escopo do que dito parágrafo em dois aspectos: proibia também atos desumanos cometidos por motivos culturais e, ademais, caracterizava como crimes sob o Direito Internacional não apenas atos desumanos cometidos em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra, conforme definidos naquela Carta, mas também tais atos cometidos em conexão com todas as outras infrações definidas no artigo 2 do anteprojeto de Código.

A Comissão decidiu alargar o escopo do parágrafo de forma a tornar a punição dos atos enumerados no parágrafo independente de eles serem ou não cometidos em conexão com outras infrações definidas no anteprojeto de Código. Por outro lado, a fim de não caracterizar qualquer ato desumano cometido por um indivíduo privado como crime internacional, achou-se necessário dispor que tal ato constitui crime internacional apenas se cometido pelo indivíduo privado por instigação ou com a tolerância das

(1968),⁶⁵ a imprescritibilidade estende-se aos “crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946”. Nota-se, sobretudo

autoridades de um Estado.”

No original: “*Comment* – The text previously adopted by the Commission read as follows: [...]. This text corresponded in substance to article 6, paragraph (c), of the Charter of the International Military Tribunal at Nürnberg. It was, however, wider in scope than the said paragraph in two respects: it prohibited also inhuman acts committed on cultural grounds and, furthermore, it characterized as crimes under international law not only inhuman acts committed in connexion with crimes against peace or war crimes, as defined in that Charter, but also such acts committed in connexion with all other offences defined in article 2 of the draft Code.

The Commission decided to enlarge the scope of the paragraph so as to make the punishment of the acts enumerated in the paragraph independent of whether or not they are committed in connexion with other offences defined in the draft Code. On the other hand, in order not to characterize any inhuman act committed by a private individual as an international crime, it was found necessary to provide that such an act constitutes an international crime only if committed by the private individual at the instigation or with the toleration of the authorities of a State.”

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

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

60 Disponível em < <http://bit.ly/un000D> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução “reconhece ser necessário e oportuno afirmar no direito internacional, por meio de uma convenção, o princípio segundo o

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

qual não há prescrição penal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade” e recomenda que “nenhuma legislação ou outra medida seja tomada que possa ser prejudicial aos objetivos e propósitos de uma convenção sobre a inaplicabilidade de limitações legais a [persecução de] crimes de guerra e crimes contra a humanidade, na pendência da aprovação de uma convenção [sobre o assunto] pela Assembleia Geral”.

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

62 Disponível em < <http://bit.ly/un000J> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm> >, acesso em 27 ago. 2014. A resolução lamenta que numerosas decisões aprovadas pelas Nações Unidas sobre a questão da punição de criminosos de guerra e de pessoas que cometeram crimes contra a humanidade ainda não estavam sendo totalmente cumpridas pelos Estados e expressa profunda preocupação com o fato de que, nas condições atuais, como resultado de guerras de agressão e políticas e práticas de racismo, apartheid, colonialismo e outras ideologias e práticas similares, crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam sendo cometidos em várias partes do mundo. A resolução também convoca os Estados que ainda não tenham aderido à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade a observar estritamente as provisões da Resolução 2583 da Assembleia Geral da ONU.

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

64 ONU. Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Prisão,

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

Um dos primeiros registros internacionais desse *nomen juris* está na Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas.⁶⁶ A resolução, editada um ano antes da lei brasileira de anistia, convoca os Estados a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam

Extradição e Punição de Pessoas Culpadas por Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade. Aprovados pela Resolução 3074 da Assembleia Geral em 3 de dezembro de 1973. Estabelece o Princípio 1: “Crimes de guerra e crimes contra a humanidade, onde quer que sejam cometidos, devem estar sujeitos a investigação, e as pessoas contra as quais haja prova de que tenham cometido tais crimes devem estar sujeitas a localização, prisão, julgamento e, se julgadas culpadas, a punição.” No original: “War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment.” Disponível em < <http://bit.ly/un000M> > ou < <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm> >, acesso em 27 ago. 2014.

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

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

passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

É desnecessário dizer que, à parte iniciativas isoladas do próprio Ministério Público Federal na região de Marabá (PA) e malgrado as recomendações internacionais dirigidas ao Estado brasileiro desde meados da década de 1970, nenhuma investigação efetiva a respeito dos desaparecimentos forçados cometidos durante o regime de exceção fora feita até a sentença da Corte IDH no caso GOMES LUND (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) *vs.* BRASIL. Isso não significa, obviamente, que as condutas antijurídicas cometidas por agentes estatais durante o regime militar sejam indiferentes para o Direito Penal Internacional. Sem dúvida não o são, como se depreende dos documentos oficiais acima referidos.

No panorama do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, a Corte IDH, desde o precedente VELÁSQUEZ RODRÍGUEZ *vs.* HONDURAS, de 1989,⁶⁷ vem repetidamente afirmando a incompatibilidade entre as garantias previstas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e as regras de direito interno que excluem a punibilidade dos desaparecimentos forçados:

⁶⁷ *Vide* referências na nota 44.

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

153. Embora não exista nenhum texto convencional em vigor, aplicável aos Estados Partes da Convenção, que empregue essa qualificação, a doutrina e a prática internacionais qualificaram muitas vezes os desaparecimentos como um delito contra a humanidade (*Anuario Interamericano de Derechos Humanos*, 1985, pp. 369, 687 y 1103). A Assembleia da OEA afirmou que “é uma afronta à consciência do Hemisfério e constitui um crime de lesa-humanidade” (AG/RES.666, *supra*).⁶⁸

Igual entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados da Corte IDH: BLAKE *vs.* GUATEMALA;⁶⁹ BARRIOS ALTOS *vs.* PERU;⁷⁰ BAMACA VELÁSQUEZ *vs.* GUATEMALA;⁷¹ TRUJILLO OROZA *vs.* BOLÍVIA;⁷² IRMÃS SERRANO CRUZ *vs.* EL SALVADOR;⁷³ MASSACRE DE

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

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

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

69 BLAKE *vs.* GUATEMALA. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Série C N^o 27.

70 BARRIOS ALTOS *vs.* PERU. Reparações e Custas. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C N^o 109.

71 BÂMACA VELÁSQUEZ *vs.* GUATEMALA. Reparações e Custas. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C N^o 91.

72 TRUJILLO OROZA *vs.* BOLÍVIA. Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C N^o 92.

73 IRMÃS SERRANO CRUZ *vs.* EL SALVADOR. Exceções Preliminares. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C N^o 118.

MAPIRIPÁN *VS.* COLÔMBIA;⁷⁴ GOIBIRÚ *VS.* PARAGUAI;⁷⁵ LA CANTUTA *VS.* PERU;⁷⁶ RADILLA PACHECO *VS.* MÉXICO⁷⁷ e IBSEN CÁRDENAS E IBSEN PEÑA *VS.* BOLÍVIA.⁷⁸

Em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH finalmente deliberou sobre caso envolvendo 62 dissidentes políticos brasileiros desaparecidos entre 1973 e 1974 no sul do Pará, no chamado episódio da “Guerrilha do Araguaia”. A sentença do caso GOMES LUND *VS.* BRASIL⁷⁹ é cristalina quanto ao dever cogente do Estado brasileiro de promover investigação e responsabilização criminal dos autores desses desaparecimentos. Tendo em vista a relevância desse *decisum* para este processo, reproduzem-se abaixo alguns trechos:

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

[...]

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

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

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

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

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

79 GOMES LUND E OUTROS (GUERRILHA DO ARAGUAIA) VS. BRASIL, citado.

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

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

[...]

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

[...]

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

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

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

e, conseqüentemente, não procede invocar a anistia como causa extintiva da responsabilidade penal.

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

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

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

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

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

leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

171. Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

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

tina (CASOS ARANCIBIA CLAVEL⁸⁰ e VIDELA⁸¹), do Chile⁸² e do Peru⁸³ (caso GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE, também de 2004⁸⁴) reconhecem o caráter de lesa-humanidade do desaparecimento forçado de pessoas e extraem dessa conclusão os efeitos jurídico-penais dela decorrentes, notadamente a vedação à anistia e à prescrição.

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

No original: “[...] la ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad. [...]”.

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

No original: “[...] es necesario recalcar y reiterar en esta resolución, que es ya doctrina pacífica de esta Cámara la afirmación de que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción conforme la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a dichos crímenes que nuestro sistema jurídico recibe directamente a través del art. 118 Constitución

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND VS. BRASIL.

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

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

No original: “[...] procede agregar que la prescripción, como se ha dicho, ha sido establecida más que por razones dogmáticas por criterios políticos, como una forma de alcanzar la paz social y la seguridad jurídica. Pero, en el Derecho Internacional Penal, se ha estimado que esta paz social y esta seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables si se prescindir de la prescripción, cuando menos respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. [...]” PROCESSO 2.182-98, “VILLA GRIMALDI” (“MARCELO SALINAS EYTEL”). Ministro ALEJANDRO SOLÍS MUÑOZ, 17/4/2008.

83 No Peru, no julgamento do caso MONTROYA, o Tribunal Constitucional alinhou-se com o conceito de “graves violações a direitos humanos” e estendeu sobre elas o manto da imprescritibilidade: “36. É assim que, com razão justificada e suficiente, ante os crimes de lesa-humanidade configurou-se um Direito Penal *além do tempo e do espaço*. Com efeito, trata-se de crimes que se devem encontrar submetidos a uma estrutura persecutória e condenatória que guarde linha de proporcionalidade com a gravidade do dano gerado a uma soma de bens jurídicos de singular importância para a humanidade *in toto*. E por isso se trata de crimes *imprescritíveis* e submetidos ao princípio de *jurisdição universal*. [...] 41. [...] Embora seja certo que os crimes de lesa-humanidade sejam imprescritíveis, isso não significa que apenas essa classe de grave violação dos direitos humanos o seja, pois, bem entendidas as coisas, *toda grave violação dos direitos humanos resulta imprescritível*. Esta é uma interpretação que deriva,

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

A pretensão punitiva não está prescrita nem Argentina nem no Brasil. Na Argentina, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados sob o regime autoritário foi

fundamentalmente, da força vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da interpretação que dela realiza a Corte IDH, as quais são obrigatórias para todo o poder público, em conformidade com a Quarta Disposição Final e Transitória da Constituição e o artigo V do TP do CPCConst.”

No original: “36. Es así que, con razón justificada y suficiente, ante los crímenes de lesa humanidad se ha configurado un Derecho Penal *más allá del tiempo y del espacio*. En efecto, se trata de crímenes que deben encontrarse sometidos a una estructura persecutoria y condenatoria que guarde una línea de proporcionalidad con la gravedad del daño generado a una suma de bienes jurídicos de singular importancia para la humanidad *in toto*. Y por ello se trata de crímenes imprescriptibles y sometidos al principio de *jurisdicción universal*. [...] 41. [...] Si bien es cierto que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, ello no significa que sólo esta clase de grave violación de los derechos humanos lo sea, pues, bien entendidas las cosas, *toda grave violación de los derechos humanos resulta imprescriptible*. Esta es una interpretación que deriva, fundamentalmente, de la fuerza vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la interpretación que de ella realiza la Corte IDH, las cuales son obligatorias para todo poder público, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del TP del CPCConst.” Tribunal Constitucional del Perú. Caso Teodorico Bernabé Montoya. Expediente 03173-2008-PHC/TC, 11 de diciembre de 2008. Resolución del Tribunal, voto singular de los Magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz. Disponível em < <http://bit.ly/TCP031732008> > ou < <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03173-2008-HC%20Resolucion.html> >, acesso em 28 ago. 2014, destaque no original.

84 Tribunal Constitucional. Sentencia – Exp. 2798-04-HC/TC – GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE. “26. O delito de desaparecimento forçado foi desde sempre considerado como um delito de lesa-humanidade, situação que veio a ser corroborada pelo artigo 7º do Estatuto da Corte Penal Internacional, que o define como ‘a apreensão, a detenção ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com sua autorização, apoio ou aquiescência, seguido da negativa a informar sobre a

afirmada pela Corte Suprema no caso ENRIQUE LAUTARO ARANCIBIA CLAVEL, julgado em 24.08.2004. O tribunal argentino entendeu que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de que a Argentina é parte, não institui, prospectivamente, a imprescritibilidade da pretensão punitiva relativa a esses crimes, mas se limita a afirmar sua existência anterior pelo reconhecimento de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), de caráter consuetudinário [...].

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

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

“Mas ‘crimes contra a humanidade’ não são apenas aqueles contra uma dada vítima em um contexto sin-

privação de liberdade ou dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado.”

No original: “26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como ‘la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”

gular ou isolado pelo qual o perdão possa ser prerrogativa da vítima. Nesses crimes, toda a humanidade é afetada pela vitimação de um dado grupo humano.

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

A virtude de perdoar um indivíduo é uma ‘generosidade de julgamento’ que pode ser aplicada em casos individuais, mas não é virtude alguma perdoar uma categoria inteira de delinquentes que cometeram os piores crimes contra uma categoria inteira de vítimas. É, pois, correto ‘insistir [em] que há ocasiões em que não é moralmente apropriado [perdoar] – em especial quanto uma parte muito grande da pessoa está moralmente morta.’ Estabelecer regras de prescrição é perdão por negativa de justiça, retribuição, prevenção geral futura, mas também significa aceitar a potencialidade de questionamento futuro de estirpe moral.

O perdão é um presente, uma concessão, que uma comunidade lança sobre um malfeitor, mas apenas para sublinhar o valor moral da vítima ou porque encontrou valor moral redentor no auto do crime. Ele não pode ser uma decisão abstrata aplicável a toda uma categoria de delinquentes em nome de uma categoria de vítimas. Denegar a concessão do perdão nesses casos não significa respaldar o ódio ou a vingança mas expressar o senso mais básico de justiça e equidade. Insistir na persecução é, nesses casos, um dever moral, ético, jurídico e pragmático que nenhuma quantidade de

tempo decorrido deve apagar.” [BASSIOUNI, M. CHERIF. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Second Edition. Haia: Kluwer Law International, 1999]

[...]

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

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

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

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

Quando confrontada com os parâmetros instituídos pelos tratados de direitos humanos e pela jurisprudência do sistema interamericano, a legislação penal brasileira revela-se lacunosa no que se refere à tipificação de elementares e circunstâncias da conduta definida internacionalmente como “desaparecimento forçado de pessoas”. Os projetos em andamento no Congresso Nacional ainda não foram definitivamente aprovados, e o Estado brasileiro ainda não concluiu o processo de ratificação das Convenções Internacional e Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.⁸⁵

⁸⁵ Quando confrontada com os parâmetros instituídos pelos tratados de direitos humanos e pela jurisprudência do sistema interamericano, a legislação penal brasileira revela-se lacunar no que se refere à tipificação de

A Corte IDH, na sentença GOMES LUND, apontou a lacuna do direito interno e instou o Estado brasileiro a dar prosseguimento à tramitação legislativa e a adotar, “em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.” Enquanto cumpre essa medida, acrescenta a sentença, “o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno.”⁸⁶

Na avaliação dos casos investigados e denunciados, os procuradores naturais, a Câmara de Coordenação e Revisão em Matéria

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

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

Criminal do Ministério Público Federal e a própria Procuradoria-Geral da República adotaram, como critério, o parâmetro fixado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Extradicações 974, 1.150 e 1.278, todas requeridas pela Argentina. Na Extradicação 974,⁸⁷ o parecer do Procurador-Geral da República ANTONIO FERNANDO DE SOUZA sustenta que o pedido não poderia ser apreciado com base na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento de Pessoas, uma vez que o Estado brasileiro ainda não a ratificou. Ainda segundo essa manifestação, todavia, o requisito da dupla tipicidade, exigido pelo art. 77, inciso II, da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro),⁸⁸ está ao menos parcialmente satisfeito no atinente a condutas que, no direito brasileiro, se amoldem ao tipo penal do sequestro – no caso específico, a detenção seguida do “desaparecimento” de dissidentes políticos no Estado argentino, nos anos 1970:

De acordo com as informações prestadas pelo Estado requerente, o extraditando participou do sequestro de diversas pessoas, principalmente em 1976, as quais não foram libertadas até os dias de hoje. A despeito do tempo decorrido, não se pode afirmar que estejam mortas porque seus corpos jamais foram encontrados de modo que ainda subsiste a ação perpetrada pelo extraditando.⁸⁹

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

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

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

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

A impossibilidade de considerar, ao menos em juízo cognitivo não exauriente, a cessação da permanência do sequestro em consequência da morte presumida da vítima foi discutida de forma aprofundada pelo Ministro CEZAR PELUSO, para quem, em caso de desaparecimento de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do delito de sequestro, pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”:

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

Ora, não há, ao propósito das hipotéticas mortes das vítimas dos seqüestros – que se não resumem às onze pessoas nominadas no sumário do processo [...] e cuja média de idade, à época do desaparecimento, eram de pouco mais de vinte anos [...], o que afasta certa probabilidade de morte natural –, nenhuma sentença, seja de declaração de ausência, seja de declaração de morte presumida, de modo que, ainda quando, *ad argumentandum tantum*, se pudera, em simples

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

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

Na Extradução 1.150,⁹⁰ o Supremo Tribunal Federal, de maneira acertada, como de hábito, não apenas considerou o desaparecimento forçado de militantes políticos argentinos como sequestro qualificado, mas igualmente afirmou que a natureza permanente e atual do delito afasta a regra de prescrição, nos termos do art. 111, inciso III, do Código Penal.⁹¹

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

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

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: [...]

III – nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; [...]”.

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO. REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (*'HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES'*) E SEQÜESTRO QUALIFICADO (*'DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS'*). DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO. CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA.

[...]

4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de seqüestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do CP.

[...]

6. Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedentes.

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

[...]

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

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

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

Em termos processuais penais, o critério utilizado por esse Tribunal no julgamento das três extradições é o de que a comprovação de homicídio da vítima sequestrada dependeria, na forma do art. 158 do Código de Processo Penal,⁹² de exame necroscópico direto ou indireto, que identificasse, entre outros elementos, causa da morte e data provável desta. Ausente corpo de delito direto ou indireto do crime contra a vida, não seria possível afirmar progressão criminosa de sequestro para homicídio.

Em sendo condutas que se protraem no tempo e por estarem a consumir-se enquanto a vítima não seja encontrada e enquanto não se puder aquilatar data provável de óbito, relativamente aos

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

crimes permanentes de sequestro (desaparecimento forçado de pessoas), merece ser julgada procedente a ADPF para afastar qualquer interpretação que afirme estarem esses delitos atingidos pela Lei da Anistia e que em razão dela reconheça extinção de sua punibilidade.

IV. CONCLUSÃO

Ante o exposto e em virtude do efeito vinculante da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos proferida em face da República Federativa do Brasil no caso GOMES LUND, em 24 de novembro de 2010, o Procurador-Geral da República opina:

- a) pelo não conhecimento do pedido cumulativo genérico veiculado na fl. 14 da petição inicial, consistente na determinação, pelo Supremo Tribunal Federal, de que “todos os órgãos do Estado brasileiro deem cumprimento integral” aos pontos decisórios da sentença do caso GOMES LUND;
- b) pelo conhecimento parcial e pela procedência parcial da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para que o Supremo Tribunal Federal dê ao art. 1º da Lei 6.683/1979 (Lei da Anistia), interpretação conforme a Constituição (art. 10, *caput* e § 3º, da Lei 9.882/1999), de maneira a excluir qualquer exegese que possa:
 - b.1) ensejar extinção de punibilidade de crimes de lesa-humanidade ou a eles conexos, cometidos por agentes públicos, civis ou militares, no exercício da função ou fora dela; e

b.2) acarretar a extensão dos efeitos da lei a crimes permanentes não exauridos até 28 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometido após essa data.

c) pelo conhecimento e improcedência do pedido de interpretação conforme a Constituição no que se refere à incidência da Lei 6.368/1979 a crimes continuados.

Nos termos do art. 10 da Lei 9.882/1999, manifesta-se pela comunicação a todos os poderes de que a persecução penal de graves violações a direitos humanos deve observar os pontos resolutivos 3, 5, 9 e 15 da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos em face do Brasil no caso GOMES LUND, em razão de seus efeitos vinculantes para todos os órgãos administrativos, legislativos e judiciais do Estado brasileiro.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2014.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República