

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO**

THIAGO ROSA SOARES

**CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS
HUMANOS NO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL**

**BRASÍLIA
DEZEMBRO 2011**

Thiago Rosa Soares

**Cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes
Lund e outros vs. Brasil**

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília
(UnB) como requisito à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor George Rodrigo Bandeira Galindo

**Brasília
Dezembro 2011**

Thiago Rosa Soares

Cumprimento da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com conceito [].

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

Prof. George Rodrigo Bandeira Galindo – Doutor em
Relações Internacionais
Professor Orientador

Bárbara Pincowsca Cardoso Campos – especialista em
Direito Internacional Público e em Direito Internacional dos
Direitos Humanos
Membro da Banca Examinadora

Profa. Alejandra Leonor Pascual – Pós-Doutora em Filosofia
Política Latino-Americana
Membro da Banca Examinadora

Aos meus pais, Dinair Soares de Castro e Jackson Rosa Santos, pelo incentivo, força e apoio nessa jornada.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar a possibilidade de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. O Estado foi condenado a iniciar as investigações e proceder à persecução criminal e punição dos agentes responsáveis pelos desaparecimentos forçados ocorridos durante os conflitos com a Guerrilha do Araguaia. No entanto, antes da decisão do Tribunal Internacional, o Supremo Tribunal Federal já havia julgado a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, na qual se pronunciou pela compatibilidade da Lei nº 6.683/79 (que concedera anistia aos que cometeram crimes políticos ou conexos entre 1961 e 1979) com a Constituição Federal, o que aparentemente seria um empecilho ao cumprimento da disposição internacional. Examinam-se as possíveis alternativas de cumprimento da decisão da Corte Interamericana, levando-se em consideração o julgamento da ADPF e outros óbices de Direito interno, que basicamente consistem na prescrição dos crimes praticados, na aplicação da lei de anistia e nos princípios constitucionais da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da anterioridade (CF, art. 5º, XXXVIII e XL). O estudo é realizado observando-se o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a Convenção Interamericana de Direitos Humanos possui hierarquia normativa supralegal, porém infraconstitucional.

Palavras-chaves: ADPF nº 153/DF, Anistia, Gomes Lund, Convenção Americana de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Guerrilha do Araguaia, Lei nº 6.683/79, Pacto de San José da Costa Rica.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, LEIS DE ANISTIA E O CASO BRASILEIRO	8
2.1. Jurisprudência da Corte em relação às Leis de Anistia e a Condenação do Estado Brasileiro	8
2.1.1. Contexto histórico das violações de direitos humanos na América Latina...	8
2.1.2. Jurisprudência da Corte	10
2.2. Lei nº 6.683/79 e o julgamento da ADPF 153	13
2.3. Decisão do caso Gomes Lund	19
3. DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS NO DIREITO INTERNO	24
3.1. Dos tratados em geral e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro	24
3.2. Posicionamento do <i>Pacto de San José da Costa Rica</i> no ordenamento brasileiro	26
3.2.1. Antes da EC 45/2004	26
3.2.2. Após a EC 45/2004	30
3.3. Da incompatibilidade da Lei nº 6.683/79 com a Convenção Americana de Direitos Humanos	32
4. DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA	34
4.1. Das investigações e perseguições criminais com fundamento na legislação em vigor	35
4.1.1. Da prescrição	38
4.1.2. Da anistia	42
4.2. Das investigações e perseguições criminais com fundamento no crime de desaparecimento forçado	44
4.3. Da competência para o julgamento dos delitos	50
4.4. Considerações finais	52
4.4.1. Desaparecimento forçado e graves violações de direitos humanos	52
4.4.2. Adaptação do Direito interno	54
5. CONCLUSÃO	59
6. REFERÊNCIAS	62

1. INTRODUÇÃO

Os confrontos na região do Araguaia no período da ditadura militar brasileira inspiram uma série de inquietudes e questionamentos de diversas naturezas. O que teria levado à prática violações graves aos direitos humanos de concidadãos? A concessão de anistia a todo tipo de delito político ou conexo ocorrera em conformidade com o direito? Seria politicamente adequada ou justa a manutenção da impunidade, especialmente de agentes estatais, que têm o dever de observar a legislação?

Essas e outras indagações, não necessariamente jurídicas, despertaram o interesse pelo estudo do tema desta monografia. Cuida-se, como se verá, de decisão internacional que condena o Brasil a mover seu aparato de repressão criminal com o fim de punir as condutas praticadas por agentes estatais naquele período. O estudo torna-se ainda mais interessante em razão da divergência de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH acerca da lei de anistia brasileira.

Em 7 de agosto de 1995, o Centro por Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e Human Rights Watch/Americas apresentaram petição ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH –, em nome das pessoas desaparecidas nas operações das Forças Armadas contra a Guerrilha do Araguaia e de seus familiares.

Considerando o não cumprimento de suas recomendações, o retardo em informar sobre sua execução, por parte do governo brasileiro, a CIDH submeteu o caso à jurisdição da Corte IDH. O Brasil foi notificado da demanda em 18 de maio de 2009.

Cuidava o caso, entre outras coisas, da responsabilidade do Estado de investigar e punir os agentes responsáveis pela execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit e pelos desaparecimentos forçados ocorridos entre 1972 e 1974, na região do Araguaia.

No dia 24 de novembro de 2010, a Corte IDH, por unanimidade, condenou o Estado a realizar as investigações, persecuções criminais dos responsáveis pelas referidas condutas e a puni-los.

Em abril do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal – STF –, havia julgado improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, dando pela constitucionalidade da Lei nº 6.683/79, que concede anistia aos que cometeram crimes políticos e conexos no período de 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Após a prolação da sentença pela Corte IDH, manifestou-se o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, no sentido de que a decisão do tribunal pátrio sobre a lei de

anistia não fora cassada e de que eventual *habeas corpus* seria imediatamente deferido, caso impetrado por algum investigado (SANTOS, 2010).

A divergência de posicionamento dos tribunais gera alguns questionamentos. A sentença do Tribunal internacional tornaria inaplicável a decisão do STF? Seria possível, tendo em vista o julgamento da ADPF, proceder-se à investigação dos delitos cometidos nos confrontos na região do Araguaia? A ação do Estado em conformidade com a sentença tem respaldo na Constituição?

Este trabalho objetiva investigar, do ponto de vista do ordenamento positivo, a possibilidade de cumprimento da sentença internacional, levando-se em consideração as normas de direito interno e os óbices que nelas possam fundamentar-se.

No Item 2, é apresentado o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca das leis de anistia e também do desaparecimento forçado de pessoas. São também elencados os principais argumentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal para considerar constitucionais os dispositivos da Lei nº 6.683/79.

As considerações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro têm especial importância para o desenvolvimento do presente trabalho, e são objeto de análise no Item 3.

No último Item, por fim, estuda-se a operacionalização do comando da Corte Interamericana no direito interno, por meio da investigação dos dispositivos pertinentes da legislação penal, processual penal e das normas constitucionais. A finalidade é verificar se há condições de implementação da decisão em conformidade com o ordenamento jurídico, bem como se a sentença da Corte é evitada de inconstitucionalidade que obste seu cumprimento pelos agentes do Estado.

2. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, LEIS DE ANISTIA E O CASO BRASILEIRO

2.1. Jurisprudência da Corte em relação às Leis de Anistia e a Condenação do Estado Brasileiro

2.1.1. Contexto histórico das violações de direitos humanos na América Latina

A ditadura militar brasileira, instalada pelo Golpe de Estado de 1964, foi acompanhada de regimes semelhantes, decorrentes de rupturas de ordens constitucionais, em outros países da América Latina (BRASIL, 2007). Após o fim da Segunda Guerra Mundial, inicia-se o período da Guerra Fria¹, no qual, o mundo estava dividido em dois blocos de influência: um comandado pelos Estados Unidos da América e outro, pela União Soviética (BRASIL, 2007). A respeito do tema, Alejandra Pascual (2004, p. 38), com apoio em Demétrio Magnoli, afirma:

Guerra Fria era a expressão cunhada para definir o paradoxo contido nas relações entre os Estados Unidos e a União Soviética. Ela procurava refletir uma situação de exclusão simultânea do estado de paz e do estado de guerra. A Guerra Fria implicava uma confrontação múltipla (econômica, política, diplomática, cultural, de propaganda) entre as duas superpotências, que questionavam de maneira incessante a distribuição mundial dos fluxos de influência e de poder.

Na década de 1960, afirma Corrêa (2005), a Guerra Fria chegava a seu ápice. O continente americano, em especial, vivia um momento de grande agitação política em razão do triunfo do comandante Fidel Castro em Cuba, em 1959.²

Nesse contexto, o governo estadunidense desenvolve a doutrina Truman, segundo a qual era necessário que os Estados Unidos ajudassem as outras nações a manter suas instituições políticas e sua integridade nacional das ameaças de agressão pelos regimes totalitários. Na verdade, o objetivo era o de isolar o Estado soviético (PASCUAL, 2004).

Para tal desiderato, os Estados Unidos patrocinaram golpes militares de conteúdo anticomunista. Os Estados americanos que se aliaram aos estadunidenses incorporaram a estratégia de contenção do comunismo, que se baseava na Doutrina de Segurança Nacional (BRASIL, 2007).

¹ Afirma Corrêa (2005, p. 81) que, de acordo com Eric Hobsbawm, a Guerra Fria compreende o período entre o término da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e a queda do Muro de Berlim, em 1989.

² Ainda segundo esse autor, o período compreendido entre a renúncia do Presidente Jânio Quadros, em 1961, e o Golpe Militar, em 1964, foi um dos mais conturbados da história do país. Houve grande radicalização política durante o governo de João Goulart (1961 a 1964). As esquerdas pretendiam reformas estruturais na economia (tendo na reforma agrária sua principal bandeira): proliferavam-se os movimentos sociais nas grandes cidades e no campo (Ligas Camponesas). Sempre que o presidente tendia para a esquerda, os militares se uniam em torno de um projeto comum: a luta contra o comunismo. O país se encaminhava para a revolução social ou para o golpe de estado. Em síntese, assinala o autor, o Brasil estava à beira de uma guerra civil quando o presidente João Goulart foi deposto pelo golpe.

A segurança nacional era a força do Estado, presente em todos os lugares onde houvesse a suspeita do fantasma do comunismo. Seria difícil compreender esse conceito fora do contexto da guerra generalizada, da Guerra Fria [...].

[...] A segurança nacional talvez não soubesse muito bem o que estava defendendo, mas sabia muito bem de quem estava se defendendo: do comunismo internacional. À onipresença do comunismo, respondia-se com a onipresença da segurança nacional. Sua indefinição era o que dava sua eficiência: o comunismo podia aparecer em todos os setores da sociedade. [...]

A segurança era a força do Estado aplicada a seus adversários: qualquer força, violenta ou não. [...] No plano da política interna, a segurança nacional destruía as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhecia barreiras; se a Constituição atrapalhava, mudava-se a Constituição. (PASCUAL, 2004, p. 39)

Segundo Pascual (2004), na América Latina, os governos identificaram como inimigo comum o comunismo internacional. Seu aniquilamento seria alcançado através do fortalecimento político e operativo das Forças Armadas, para que pudessem combater a ameaça. O governo estadunidense prestava suporte aos governos latino-americanos, por meio de treinamentos militares e transferência de material bélico. Nos Estados do Cone-Sul, os regimes repressivos, em maior ou menor escala, valeram-se de assassinato, desaparecimento, tortura e prisão arbitrária como práticas recorrentes (GOMEZ, 2008).

De acordo com Lutz (1998), desde o julgamento de Nuremberg, as vítimas e seus familiares, organizações internacionais e outros movimentos sustentam a necessidade do julgamento dos agentes responsáveis, quando hajam cessado as violações de direitos humanos. Em geral, argumenta-se que as investigações e processos contra os perpetradores de abusos funcionam como um processo catalisador da pacificação; revelam a verdade sobre os fatos ocorridos; asseguram que a verdade histórica seja preservada; removem a tensão social pela individualização da responsabilidade por abusos; restauram a confiança no Poder Judiciário e previnem futuras violações de direitos humanos.

Por outro lado, ainda segundo a autora, alguns políticos e oficiais militares alegam que esses processos de busca da verdade e eventuais julgamentos impedem a reconciliação nacional e a possibilidade de a sociedade mover adiante e deixar o passado para trás. Tal entendimento foi adotado por Estados americanos para justificar a adoção de leis de anistia, especialmente na década de 1980, tal qual fizeram Honduras, Peru, Chile, Argentina e Brasil.³

Com a queda de regimes ditatoriais na América Latina e a negativa dos governos em investigar e punir graves violações de direitos humanos, as vítimas e familiares passaram a reportar os casos à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta fez importantes declarações sobre o tema, antes que fosse submetido à apreciação da Corte:

³ O caso hondurenho pode ser verificado pela decisão da Corte IDH no caso Velásquez Rodríguez, o peruano, no caso Barrios Altos, o chileno no caso Almonacid Arellano, o caso argentino, em Yacobucci (2011) e o brasileiro, pela vigência da Lei nº 6.683/79.

reconheceu a dificuldade de se harmonizarem pacificação social e exposição da verdade; ao mesmo tempo, pontuou que as sociedades possuem direito incondicional de conhecer a verdade acerca dos eventos passados e a invalidade jurídica de leis de anistia proclamadas por governos não democráticos que houvessem se envolvido em violações de direitos (LUTZ, 1998)⁴.

2.1.2. Jurisprudência da Corte

A seguir, serão apresentados alguns dos principais julgamentos da Corte Interamericana em casos de violações de direitos humanos por agentes estatais.

Casos Velásquez Rodriguez, Godínez Cruz e Fairén Garbi

Velásquez Rodriguez Vs. Honduras (julgado em 1988), *Godínez Cruz Vs. Honduras* e *Fairen Garbi y Solis Corrales Vs. Honduras* (julgados em 1989) foram os primeiros casos contenciosos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Decidiu-se que o Estado hondurenho havia violado os direitos à vida (art. 4º da CADH), à integridade pessoal (art. 5º) e à liberdade pessoal e à segurança (art. 7º), tendo em vista que deixou de processar e punir violações de direitos reconhecidos pela Convenção.⁵ Dispôs a sentença de Velásquez Rodríguez:

La práctica de desapariciones, en fin, ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento de cadáver con el objeto de borrar toda la huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron, lo que significa una brutal violación del derecho a la vida, reconocido en el artículo 4 de la Convención [...]. (§ 157)

[...]

El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. (§ 176)

Não houve pronunciamento expreso acerca da anistia, uma vez que o Estado não a arguira como defesa. Foi a primeira vez que um tribunal internacional declarou ilegal e uma violação múltipla e continuada de direitos a prática de desaparecimento forçado, além de determinar sua investigação e cessação (GROSSMAN, 2008).⁶

⁴ A autora faz referência ao Relatório Anual 1985-1986 da Comissão.

⁵ No caso Fairén Garbi a Corte julgou não haver provas suficientes para a responsabilização do Estado hondurenho.

⁶ A decisão tem maior relevância quando consideramos sua influência no caso *Gomes Lund*, tendo em vista que a principal acusação contra o Brasil foi relativa à falta de investigação dos casos de desaparecimento forçado na Guerrilha do Araguaia.

Ressalte-se que, após tais decisões, a Comissão rotineiramente passou a recomendar, em seus relatórios, que os Estados investigassem e punissem violações graves de direitos (LUTZ, 1998). Segundo Grossman (2008), a decisão também contribuiu para a elaboração da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada em 1994 e vigente desde 1996, que incorporou a definição de desaparecimento forçado da sentença.

Os julgados trouxeram importante contribuição acerca da interpretação dada aos artigos 1.1 da CADH. Afirmou a Corte no caso *Godínez Cruz*:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.

La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos por la Convención. [...]

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. (§§ 173-175)

Caso Barrios Altos

A decisão da Corte no caso *Barrios Altos Vs. Perú*⁷ (julgado em 2001) foi um importante marco jurisprudencial, como se verá a seguir. Segundo o disposto na sentença, no dia 3 de novembro de 1991, seis indivíduos entraram violentamente em imóvel localizado na vizinhança de Barrios Altos, da cidade de Lima, durante a celebração de uma festa. Os invasores obrigaram as vítimas a se deitarem no chão e dispararam tiros indiscriminadamente. Quinze pessoas morreram e quatro ficaram gravemente feridas. Posteriormente, descobriu-se que os perpetradores da ação eram membros do Exército peruano, que também atuavam em um esquadrão de eliminação contra *terroristas*, conhecido como *Grupo Colina*.

Houve investigações e foi apresentada denúncia perante o Poder Judiciário. Contudo, enquanto tramitava o processo, foi aprovada a Lei nº 26479, que “exonerava de responsabilidade os militares, policiais e também civis, que houvessem cometido, entre 1980 e 1995, violações a direitos humanos ou participado dessas violações” (§ 2, *i*). Posteriormente foi aprovada a Lei 26492, segundo a qual a lei de anistia supramencionada era de aplicação obrigatória e insuscetível de revisão judicial.

⁷ A referência aos fatos ocorridos foi obtida da própria sentença da Corte.

Em 14 de junho de 1995, a Décima Primeira Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima arquivou em definitivo o processo penal.

A Corte Interamericana decidiu que são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição ou quaisquer outras excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos, tais como tortura, execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados.⁸ Decidiu que as leis peruanas que concediam anistia careciam de efeitos jurídicos. O Estado peruano foi condenado por haver impedido o direito de as vítimas sobreviventes serem ouvidas por um juiz (artigo 8º (1)), violado o direito à proteção judicial (artigo 25) e impedido a investigação, persecução, captura e o ajuizamento de ação penal e sanção dos responsáveis pelos fatos, descumprindo o disposto no artigo 1º (1) da Convenção.

A decisão teve importante repercussão. Em 2005, a Corte Suprema Argentina declarou a inconstitucionalidade de leis de anistia e perdão, baseada na jurisprudência da Corte Interamericana, e especialmente nesta sentença. Esta deixou claro que não são admitidas quaisquer manobras tendentes à impunidade dos perpetradores de graves violações de direitos humanos (GROSSMAN, 2008).

Caso Almonacid Arellano

Outro julgamento cuja análise é relevante para este estudo é o do caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (julgado em 2006)⁹. A Corte foi chamada a pronunciar-se sobre a responsabilização do Estado chileno pela falta de investigação e sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial de Almonacid Arellano, em razão da aplicação do Decreto Lei nº 2.191 (lei de anistia adotada em 1979).

A Corte destacou, mais uma vez, que os crimes de lesa humanidade não podem ser suscetíveis de anistia (§ 114). As leis que a concedem para esses crimes conduzem à ausência de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade de tais condutas e, por essa razão, são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção. Manifestou-se expressamente a respeito da obrigação do Estado de rever tais normas:

Por otro lado, si bien la Corte nota que el Decreto Ley No. 2.191 otorga básicamente una autoamnistía, puesto que fue emitido por el propio régimen militar, para sustraer de la acción de la justicia principalmente sus propios crímenes, recalca que un Estado viola la Convención Americana cuando dicta disposiciones que no están en conformidad con las obligaciones dentro de la misma, el hecho de que esas normas

⁸ Contudo, foi no caso *LoyazaTamayo vs. Perú* que a Corte, pela primeira vez, declarou incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos normas de direito interno (CANÇADO TRINDADE, 2003).

⁹ Informações relativas a este tópico foram obtidas em CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. 2011.

se hayan adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, “es indiferente para estos efectos”. En suma, esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el Decreto Ley No. 2.191, atiende a su *ratio legis*: amnistiar los graves delictivos contra el derecho internacional cometidos por el régimen militar.

El Estado, desde que ratificó la Convención Americana el 21 de agosto de 1990, ha mantenido vigente el Decreto Ley No. 2.191 por 16 años, en inobservancia de las obligaciones consagradas en aquella. Que tal Decreto Ley no esté siendo aplicado por el Poder Judicial chileno en varios casos a partir de 1998, si bien es un adelanto significativo y la Corte lo valora, no es suficiente para satisfacer las exigencias del artículo 2 da la Convención el el presente caso. En primer lugar porque, conforme a lo señalado en los párrafos anteriores, el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y, en segundo lugar, porque el criterio de las cortes internas puede cambiar, decidiéndose aplicar nuevamente una disposición para que el ordenamiento interno permanece vigente. (§§ 120-121)

Ressaltou ainda que a falha do legislativo em suprimir ou não adotar normas contrárias à Convenção cria para o Judiciário a obrigação de não aplicar as normas com ela incompatíveis (§ 123). Foi além, ao afirmar que os magistrados nacionais não só devem zelar pelas disposições do tratado como também pela interpretação dada a ele pela Corte (§ 124). Assim, a aplicação do Decreto Lei nº 2.191, além de violar a obrigação de adequar o direito interno (art. 2º), violou o direito às garantias judiciais (art. 8º) e à proteção judicial (art. 25) (§ 129).

Reafirmou-se nesse julgamento que o direito interno não pode representar óbice ao cumprimento de tratados (§ 125).¹⁰

Entendeu a Corte que a verdade histórica obtida em informes de Comissões de Verdade não substitui a obrigação do Estado de obtê-la por meio de processos judiciais (§ 150).

Mais uma vez, enfatizou-se a impossibilidade de o Estado se recusar a investigar e punir os responsáveis, argumentando a aplicação de excludentes de responsabilidade. Neste caso, além da prescrição, foram mencionadas expressamente as excludentes seguintes: irretroatividade da lei penal e o princípio *ne bis in idem* (§ 151).

Por fim, decidiu a Corte que a lei de anistia não pode continuar representando obstáculo à investigação e sanção dos responsáveis (§ 145). Dispôs, ainda, que o Decreto Lei nº 2.191 é incompatível com a Convenção e, portanto, carece de efeitos jurídicos (§ 171.3).

Mencione-se, ainda, o caso Goiburú Vs. Paraguai, no qual a Corte afirmou que a obrigação de investigar e punir os responsáveis por desaparecimentos forçados alcançaram o caráter de *jus cogens* (UNAM, 2011).

2.2. Lei nº 6.683/79 e o julgamento da ADPF 153

¹⁰ Tal afirmação já havia sido feita na Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994, Serie A no. 14, § 35.

Em 1979, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei nº 6.683/79, a Lei de Anistia. No que interessa a esta monografia, dispunha:

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

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

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

No dia 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, decidiu que a Lei de Anistia fora recepcionada pela Constituição de 1988, como se verá a seguir. Antes, far-se-á uma breve explicação a respeito do instituto, nos pontos que forem necessários ao desenvolvimento deste trabalho.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – é um instrumento do controle concentrado de constitucionalidade, previsto no art. 102, § 1º, da Constituição Federal e regulamentado pela Lei nº 9.882/99. Conforme dispõe o art. 1º da referida lei, destina-se a reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Também é cabível quando há controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Ou seja, é possível o controle concentrado do direito pré-constitucional, conforme ensinam Branco, Gonet e Mendes (2009).

Importante ressaltar que, conforme o entendimento do professor Gilmar Ferreira Mendes, o Supremo Tribunal Federal deverá limitar-se a reconhecer a legitimidade ou não da lei em face da norma constitucional (BRANCO, GONET e MENDES, 2009). Dispõe o art. 12 da lei que a decisão será irrecurável e não poderá ser objeto de ação rescisória.

A ADPF 153 foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 21.10.2008. Pedia-se a declaração de não recebimento do art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/79.

Este dispositivo, segundo o arguente, teria sido redigido propositadamente de forma obscura, com a finalidade de incluir na anistia os crimes comuns cometidos por agentes públicos. Sustentava, ainda, não ser possível considerar válida face à Constituição a interpretação pela qual os agentes do Estado que houvessem cometido crimes como

homicídio, desaparecimento forçado, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor fossem anistiados (OAB, 2011). Requeria que fosse dada interpretação conforme à Constituição, para que se declarasse que a anistia não se estenderia aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra os opositores políticos. Os preceitos violados, segundo o arguente, seriam: (1) a isonomia em matéria de segurança; (2) o dever de o Poder Público não ocultar a verdade; (3) os princípios democrático e republicano e (4) o princípio da dignidade da pessoa humana.

A ADPF foi julgada improcedente, por maioria, tendo votado nesse sentido os Ministros Eros Grau (Relator), Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso (Presidente) e Gilmar Mendes. Ficaram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Brito.

Em seu voto condutor, o Ministro Eros Grau rejeitou o argumento de violação à isonomia em matéria de segurança (em que a OAB (2011) afirmava que a lei promovia desigualdade perante a lei penal, tendo em vista que excluía os condenados por crime de terrorismo e que deixava ao arbítrio dos magistrados a condenação ou não de indivíduos que houvessem praticado crimes por *motivação política*):

É certo, pois, que o argumento da Arguente não prospera, mesmo porque há desigualdade entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles. A lei poderia, sim, sem afronta à isonomia – que consiste em tratar desigualmente os desiguais – anistiá-los, ou não, desigualmente. (BRASIL, 2010, p. 17)

Quanto à violação do art. 5º, XXXIII, da Constituição (do direito de obter informações do Poder Público), o Relator afirmou não haver impedimento do acesso à verdade, tendo em vista que essa questão diz respeito ao acesso a documentos do regime anterior, matéria que inclusive é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4077, ajuizada perante o STF. Os Ministros Cármen Lúcia (p. 97-98), Ellen Gracie (p. 151), Celso de Mello (p. 202) e Cezar Peluso (p. 209) também entenderam não constituir a anistia óbice ao acesso às informações sobre os crimes cometidos no período.

É importante ressaltar que, neste ponto, divergem o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta, conforme mencionado no item anterior, entende que a constituição de Comissões de Verdade não substitui a obrigação de o Estado fornecer informações relativas a violações de direitos humanos por meio de investigações e processos judiciais (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, § 150).

No que tange à alegação de violação aos princípios democrático e republicano, a OAB (2011) argumentou que foram praticados crimes comuns por agentes públicos

remunerados com dinheiro do povo e também que a aprovação da Lei nº 6.683/79 ocorreu em um momento em que não havia legitimidade política do Congresso Nacional, entre outras razões, porque parte considerável dos Senadores havia sido nomeado pelo Presidente da República. Tal argumento foi também rejeitado pelo relator, sob os seguintes fundamentos: (1) se fosse admissível a interpretação pretendida pela Ordem, toda a legislação anterior à Constituição seria formalmente inconstitucional e (2) que a anistia foi ratificada pela Emenda Constitucional nº 26/85, aprovada por um Congresso legitimado para tanto.

Alegava, ainda, a OAB violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, inscrita no art. 1º, III, da CF. A lei de anistia seria justificada por haver permitido a transição do regime militar ao Estado de Direito. Contudo, não se poderia admitir que o novo regime fosse instituído em condições de grave desrespeito à pessoa humana. A dignidade teria sido utilizada como moeda de troca em um processo político. Essa interpretação não foi acolhida pelo Tribunal. O Relator afirmou não ser possível desconsiderar a luta da sociedade pela obtenção da anistia; ressaltou que entendimento diverso significaria “tripudiar sobre os que, com desassombro e coragem, [...] lutaram pela anistia” (BRASIL, 2010, p. 22). Acrescentou que a indignidade decorrente de qualquer crime não faz com que a anistia viole tal princípio.

Valeu-se o relator do conceito de leis-medida que, segundo ele, consubstanciam um ato administrativo especial, disciplinando diretamente determinados interesses. Sendo a lei de anistia uma lei-medida, sua interpretação deve ser feita “em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual” (BRASIL, 2010, p. 31). E, para justificar a lei de anistia à luz da época em que fora negociada, cita, entre outras coisas, um parecer do então conselheiro federal da OAB, Sepúlveda Pertence.¹¹ Tal parecer afirmava:

14. Ora, não há objeção retórica que possa obscurecer que a amplitude, com a qual o mencionado § 1º definiu, como conexos nos crimes políticos, ‘os crimes de qualquer natureza com eles relacionados’, tem o único sentido de prodigalizar a anistia aos homicídios, violências e arbitrariedades policiais de toda a sorte, perpetrados nos desvãos da repressão política. [...]

17. Nem a repulsa que nos merece a tortura impede reconhecer que toda a amplitude que for emprestada ao esquecimento penal desse período negro de nossa História poderá contribuir para o desarmamento geral, desejável como passo adiante no caminho da democracia. (BRASIL, 2010, p. 175-176)

Ainda segundo o Ministro Eros Grau, a anistia é assunto de natureza essencialmente política, de competência exclusiva do Congresso Nacional, impassível de revisão pelo Poder Judiciário. Seu voto parece sinalizar a possibilidade de alteração da Lei

¹¹ Tal parecer foi mencionado por cinco Ministros: Eros Grau (34-36), Cármen Lúcia (89, 93), Celso de Mello (p. 175), Cezar Peluso (p. 206) e Gilmar Mendes (p. 243).

pelo Poder Legislativo¹², no mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia (p. 94). Pronunciaram-se contra a possibilidade de reforma da Lei, ainda que pelo Congresso Nacional: Celso de Mello (p. 186), Cezar Peluso (p. 213) e Gilmar Mendes (p. 250), argumentando que a supressão de seus efeitos jurídicos implicaria aplicação retroativa de leis gravosas, vedada pela Constituição, art. 5º, XL.¹³

Entendeu o Tribunal que a conexão de que trata o dispositivo impugnado é *sui generis* e abarca todos os crimes relacionados com crimes políticos, ainda que comuns (pois a lei faz menção a delitos *de qualquer natureza*). Tendo havido interpretação autêntica da própria lei sobre a conexão, restam inaplicáveis as conexões previstas no Código Penal (arts. 69 e 70). Nesse sentido, Eros Grau (p. 26), Cármen Lúcia (p. 97), Ellen Gracie (p. 153), Celso de Mello (p. 173-174) e Cezar Peluso (204, 206).

Em quase todos os votos vencedores se afirmou que havia um anseio da população pela aprovação da anistia, que teria decorrido, também, da luta de diversos setores da sociedade civil.¹⁴

Importantes considerações são tecidas a respeito da Emenda Constitucional nº 26/85. Essa emenda convocava a Assembleia Nacional Constituinte (art. 1º) e reiterava a anistia a crimes políticos e conexos (art. 4º, §§ 1º e 2º).¹⁵ Assim, os Ministros Eros Grau (p. 43-44) e Gilmar Mendes (p. 149, 151-163) consideraram que a Emenda inaugurou a nova ordem constitucional, estando a ela integrada. Assim, a anistia concedida em 1979 e reafirmada na Emenda integraria a Constituição de 1988. Não se pode deixar de citar a manifestação do Ministro Gilmar Mendes a respeito:

Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construíra à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988. (BRASIL, 2007, p. 264)

¹² Ver especialmente p. 39, parágrafo 45.

¹³ Confira-se a manifestação do Ministro Celso de Mello (BRASIL, 2010, p. 186): “É tão intensa a intangibilidade de uma lei de anistia, desde que validamente elaborada (como foi a Lei nº 6.683/79), que, uma vez editada (e exaurindo, no instante mesmo do início de sua vigência, o seu conteúdo eficaz), os efeitos jurídicos que dela emanam não podem ser suprimidos por legislação superveniente, sob pena de a nova lei incidir na proibição constitucional que veda, de modo absoluto a aplicação retroativa de leis gravosas.”

¹⁴ Eros Grau (p. 21-22), Cármen Lúcia (p. 92), Ellen Gracie (p. 152), Celso de Mello (p. 174) e Cezar Peluso (p. 209).

¹⁵ Confirmam-se os dispositivos:

“Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.”

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

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

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

Em sentido contrário, pronunciaram-se os Ministros Cármen Lúcia (p. 87-88) e Ayres Brito (p. 145-146).

Os Ministros Marco Aurélio (p. 154), Celso de Mello (p. 189) e Cezar Peluso (p. 210) frisaram que, ainda que a ADPF fosse julgada procedente, a pretensão punitiva do Estado não poderia ser exercida em razão da prescrição dos crimes, pois o prazo prescricional mais longo previsto no ordenamento é de 20 anos (Código Penal, art. 109, I).

Maior preocupação com questões de direito internacional foi dispensada pelo Ministro Celso de Mello, ainda que para justificar a não aplicação de instrumentos internacionais aos quais o Estado se vinculou. Assinalou que o Brasil adotou a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, aprovada pela Assembleia das Nações Unidas em 1984 (promulgada pelo Decreto 40/92); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em 1985 (e ratificada pelo Brasil em 1989) e a Convenção Interamericana (p. 162). No entanto, tais tratados não seriam aplicáveis (e tampouco seria a Lei nº 9.445/97, que tipificou o crime de tortura) em razão da anterioridade da lei de anistia e da proibição de aplicar-se retroativamente lei penal mais gravosa (p. 185-186).

O Ministro afirmou, ainda, reconhecer o repúdio da Corte Interamericana às autoanistias (p. 183). Contudo, segundo ele, os precedentes que tratam da matéria não seriam aplicáveis à anistia brasileira, por seu caráter bilateral, estendido tanto a opositores do regime quanto aos agentes da repressão (p. 178, 184). “[...] [A] participação ativa da sociedade civil e da Oposição militante, a discussão, a elaboração e a edição da Lei de Anistia, em contexto inteiramente distinto daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai [...]” (BRASIL, 2010, p. 185). O caráter bilateral da anistia foi ressaltado também pelos Ministros Eros Grau (p. 28) e Cezar Peluso (p. 210); em sentido contrário, o Ministro Ricardo Lewandowski (p. 107).

O Ministro Ayres Brito, vencido, julgou parcialmente procedente a ADPF, para excluir da Lei nº 6.683/79 qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição: a tortura, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados. Fundamentou seu voto no fato de a lei não haver anistiado expressamente os torturadores, o que só seria admissível se feito expressamente. A concessão de anistia ampla, geral e irrestrita deveria ser muito clara, especialmente após um regime de exceção (p. 140).

Por fim, afirmou-se a importância do perdão dos delitos como catalisador do processo de redemocratização e elemento relevante da pacificação social. A Ministra Ellen

Gracie (p. 153) consignou que a anistia foi o preço pago pela sociedade brasileira para acelerar o processo pacífico de redemocratização. Segundo o Ministro Marco Aurélio (BRASIL, 2007, p. 155), a anistia é um ato de amor, “sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos”. Para o Ministro Cezar Peluso, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia (p. 214).

2.3. Decisão do caso Gomes Lund

De acordo com Corrêa (2005, p. 8), a Guerrilha do Araguaia

[...] foi, em suma, um levante armado de inspiração marxista que pretendia desencadear uma guerra popular revolucionária do Brasil, partindo do campo para a conquista das cidades. O movimento foi promovido pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B) na região do rio Araguaia, na confluência entre quatro estados – sul do Pará, sul do Maranhão, nordeste do Mato Grosso e norte de Goiás (hoje Tocantins) -, ao longo do rio Araguaia, na região conhecida pelo nome de Bico do Papagaio. [...]

O movimento teve início em 1966, quando os primeiros guerrilheiros começaram a chegar à região, mas os conflitos só ocorreriam a partir de março de 1972, quando os guerrilheiros foram descobertos pelo Exército. Os combates perduraram por três anos. Em fins de 1974, quando já não encontravam qualquer guerrilheiro na região, os militares deram o movimento como completamente extirpado.

No dia 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma demanda contra o Estado brasileiro, que se referia à sua responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. Tais condutas teriam sido empreendidas pelo Exército entre 1972 e 1975, com a finalidade de erradicar a *Guerrilha do Araguaia*.

De acordo com a Comissão, (1) em virtude da Lei nº 6.683/79, o Estado não realizou investigações penais com o objetivo de julgar e sancionar os responsáveis pelos desaparecimentos forçados e pela execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva; (2) os recursos judiciais de natureza civil em que se busca a obtenção de informação sobre os fatos não têm sido efetivos; (3) as medidas legislativas e administrativas adotadas têm restringido indevidamente o acesso à informação dos familiares; (4) a impunidade e a falta de acesso a informações relativas aos desaparecimentos e à execução extrajudicial têm afetado negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos e da pessoa executada.

Comunicado, o Estado brasileiro interpôs exceções preliminares e contestou a demanda. As exceções apresentadas foram de falta de competência temporal da Corte, falta de interesse processual da Comissão e dos representantes, falta de esgotamento dos recursos

internos, e a regra da quarta instância. Ressalvada a primeira, as demais exceções foram rejeitadas.

A primeira exceção é de especial importância para o presente estudo, de modo que apresentaremos as considerações da Corte a respeito. Como já dito, o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998, por tempo indeterminado e para fatos posteriores a esta data. Por esta razão, ficou excluída da competência a alegada execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram encontrados em 1996. No entanto, com relação aos desaparecimentos forçados a Corte se considerou competente, em razão do caráter contínuo ou permanente do delito, cujos efeitos perduram enquanto não se conhecer o paradeiro do desaparecido. O Tribunal Internacional é competente também para se pronunciar sobre as omissões do Estado após esta data, que se relacionam com a falta de investigação, julgamento e sanção dos perpetradores das violações apontadas, inclusive em relação à execução extrajudicial (§ 17).

O Estado foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado de militantes da Guerrilha (§ 125). Merece destaque o fato de o Brasil ter assumido responsabilidade pelas violações ocorridas neste episódio (§ 84).¹⁶

A Corte assentou que o desaparecimento forçado se inicia com a privação de liberdade da pessoa, com a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida (ou se encontrem seus restos mortais) (§ 121) e se determine com certeza sua identidade, sendo particularmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado (§ 103). Sendo o Estado responsável pelas ditas violações no período da ditadura militar e dado o caráter permanente da conduta, restou inarredável a responsabilidade estatal (que perdurou pelo menos até o momento da prolação da sentença).

De acordo com o Tribunal, há certo consenso internacional a respeito desse crime, que constitui uma grave violação de direitos humanos, levando-se em conta a natureza dos direitos lesionados e o crasso abandono dos princípios em que se funda o Sistema Interamericano. Além disso, sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens* (§ 105).

Outro ponto analisado pela Corte foi o da compatibilidade da Lei nº 6.683/79 com o Pacto de San José da Costa Rica. O Estado brasileiro, defendendo a manutenção dos efeitos da lei, fez as seguintes alegações: (1) a sanção dos responsáveis poderia representar

¹⁶ Além de haver reconhecido sua responsabilidade na contestação (§ 116), o Estado brasileiro o fez por meio da Lei nº 9.140/95 (art. 1º, Anexo e Exposição de Motivos, conforme apontado no § 114) e no discurso do Presidente da República no lançamento do livro *Direito à Memória e à Verdade* (§ 116).

um obstáculo ao processo de transição para o regime democrático; (2) a Lei foi antecedida de um amplo debate político, com a participação da sociedade; (3) a anistia foi um importante passo para a reconciliação nacional; (4) a anistia brasileira é caracterizada pela bilateralidade e pela reciprocidade; (5) a Lei se insere em um amplo e paulatino processo de abertura política e redemocratização.¹⁷ Esses argumentos já haviam sido enunciados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153/DF.

Decidiu-se que a obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentre as medidas positivas que o Estado deve adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção (§ 138) e depreende-se de seu art. 1.1.¹⁸

O Tribunal afirmou a incompatibilidade das leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos com a Convenção e com o direito internacional (§ 147). Citou manifestações de diversos órgãos internacionais nesse sentido (§§ 150 a 162)¹⁹ e também dos mais altos tribunais de justiça de Estados membros da OEA (§§ 163 a 169)²⁰.

Com relação à anistia concedida por lei, a Corte afirmou que já se pronunciara a respeito em outros julgamentos e que não havia fundamentos para apartar-se de sua jurisprudência (§ 171).

Em resposta ao argumento da defesa de que à anistia bilateral não se aplicavam os precedentes da Corte, esta ressaltou que seu entendimento sobre o tema não se restringe às autoanistias. A incompatibilidade não resulta de uma questão formal, mas de aspecto substancial: a violação dos artigos 8º e 25 da Convenção (§ 175).

Assim, dispôs o Tribunal que as disposições da Lei nº 6.683/79 que impedem a investigação e punição dos perpetradores de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos (§ 174), pois conduzem à falta de proteção das vítimas, à perpetuação da impunidade e impedem que as vítimas ou seus familiares conheçam a verdade dos fatos (§ 173).

¹⁷ Os pontos (1), (2) e (3) foram mencionados no § 130 e os demais, no § 133.

¹⁸ A Corte apontou o entendimento de órgãos internacionais a respeito da obrigatoriedade de investigar e punir graves violações de direitos humanos: no âmbito universal, Resoluções da antiga Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (§ 143); no sistema europeu de proteção aos direitos humanos, foram citados quatro casos em que se decidiu pela obrigatoriedade de investigação exaustiva e eficaz, além do castigo aos responsáveis (§ 145); no sistema africano, se pronunciou no mesmo sentido a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (§ 146).

¹⁹ (1) Informe do Secretário Geral das Nações Unidas ao Conselho de Segurança da ONU (§ 150); (2) pronunciamento do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (§ 151); (3) Declaração e Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena, em 1993 (§ 153); (4) Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários das Nações Unidas (§ 154-5); (5) Comitê de Direitos Humanos (§ 157); (6) Comitê contra a Tortura (§158); (7) Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, que considerou não haver sentido em sustentar a proscrição de violações graves de direitos humanos por um lado e, por outro, autorizar medidas estatais que autorizem leis de anistia que absolvam seus perpetradores (§ 159); (8) Tribunal Europeu de Direitos Humanos (§ 161) e (9) Comissão Africana de Direitos Humanos (§ 162).

²⁰ Citam-se manifestações: (1) da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, no Caso Simón (§ 163); (2) da Corte Suprema de Justiça, no Chile, ao decidir o caso Lecaros Carrasco (§ 165); (3) do Tribunal Constitucional do Peru, no caso Santiago Martín (§ 166); (4) da Suprema Corte de Justiça do Uruguai, no caso Nibia Sabalsagaray Curutchet (§ 167) e (5) da Corte Constitucional da Colômbia (§§ 168 e 169).

Assim, a Corte Interamericana considerou que o Brasil violou, além do artigo 1º (que estabelece a obrigação de respeitar os direitos previstos no instrumento), os seguintes dispositivos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

- a. Artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal) e 7º (direito à liberdade pessoal); pela prática, por agentes estatais, de desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como supostas vítimas no caso (§§ 121, a 125);
- b. Artigo 8º (direito a garantias judiciais), pois impediu que os familiares das vítimas fossem ouvidos por um juiz (§§ 172 e 180);
- c. Artigo 25 (direito à proteção judicial), pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos (§§ 172 e 180);
- d. Artigo 2º (dever de adotar disposições de direito interno), pois não adaptou sua legislação para permitir que os direitos mencionados nas alíneas *b* e *c* pudessem ser exercidos (§§ 173 e 180);
- e. Artigo 13 (direito à liberdade de pensamento e de expressão), pela afetação ao direito de buscar e receber informação e conhecer a verdade sobre os fatos; a violação compreende, ademais, o fato de as ações judiciais que pretendiam a obtenção de informações haverem excedido o prazo razoável (§§ 211, 212, 224 e 225);
- f. Artigo 5º (direito à integridade pessoal), pela ausência de informação sobre o ocorrido e pela impunidade, que constituem tratamento cruel e desumano para os familiares próximos das vítimas (§§ 239 a 243).²¹

A aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal foi rechaçada na sentença, tendo em vista o caráter permanente do delito, de modo que os efeitos do ilícito internacional continuam se atualizando (§ 179).

A Corte estabeleceu, ainda, que os órgãos do Poder Judiciário devem velar para que os efeitos das disposições convencionais não sejam enfraquecidos pela aplicação de normas nacionais com conteúdo diverso. Assim, os juízes devem exercer um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas de direito interno e as do Pacto de San José. Tal

²¹ Transcrevemos dois trechos que melhor ilustram as razões dessa violação: “No presente caso, a violação do direito à integridade pessoal dos mencionados familiares das vítimas verificou-se em virtude do impacto provocado neles e no seio familiar, em função do desaparecimento forçado de seus entes queridos, da falta de esclarecimento das circunstâncias de sua morte, do desconhecimento de seu paradeiro final e da impossibilidade de dar a seus restos o devido sepultamento.” (§ 239)
“A Corte considera que a incerteza e a ausência de informação por parte do Estado acerca dos acontecimentos, o que em grande medida perdura até a presente data, constituiu para os familiares uma fonte de sofrimento e angústia, além de ter provocado neles um sentimento de insegurança, frustração e impotência diante da abstenção das autoridades públicas de investigar os fatos” (§ 242)

controle deve levar em consideração igualmente a interpretação dada ao tratado pela Corte Interamericana (§ 176).

O Estado brasileiro foi condenado (§§ 256 e 257) a:

- a. Iniciar as investigações pertinentes em relação ao caso;
- b. Determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado e da execução extrajudicial, não podendo aplicar a Lei de Anistia nem qualquer outra excludente de responsabilidade, como prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada ou *ne bis in idem*, com relação ao desaparecimento forçado;
- c. Assegurar que as autoridades competentes realizem as investigações de ofício; que as pessoas que participem da investigação contem com garantias de segurança e que as autoridades se abstenham de obstruir a investigação;
- d. Garantir que os processos penais por fatos relativos ao caso Gomes Lund, em que sejam réus funcionários militares, tramitem perante a jurisdição ordinária e não no foro militar;
- e. Divulgar publicamente os resultados dos processos, para que a sociedade brasileira conheça os fatos e seus responsáveis;
- f. Adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas e, enquanto isso não ocorrer, promover a persecução penal, julgamento e sanção dos perpetradores de tais crimes por meio dos instrumentos disponíveis no direito interno (§§ 287 e 15 das disposições).

Embora não relacionadas ao objeto deste trabalho, outras obrigações foram impostas ao Estado.²²

²² Entre elas: (1) fornecer assistência médica e psicológica ou psiquiátrica através de instituições públicas (§ 267); (2) publicar partes da sentença do caso Gomes Lund no Diário Oficial da União, bem como a versão integral na sentença em sítio web adequado do Estado (§273); (3) realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional com relação aos fatos do caso (§ 277); (4) implementar programa ou curso permanente e obrigatório de direitos humanos em todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas (§ 283); (5) pagamento de indenizações aos familiares, por danos materiais (US\$ 3.000,00 por familiar) e por danos imateriais (US\$ 45.000,00 para familiares diretos e US\$ 15.000,00 para familiares indiretos) (§§ 304 e 311). Além disso, o Estado foi exortado a criar uma Comissão Nacional da Verdade, cujos membros sejam selecionados pelos critérios de independência, idoneidade e transparência (§ 297).

3. DA POSIÇÃO HIERÁRQUICA DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITO HUMANOS NO DIREITO INTERNO

O objetivo deste capítulo é analisar o posicionamento da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico interno, a fim de subsidiar a análise dos argumentos favoráveis e contrários ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana pelo Estado.

Serão apresentados os desenvolvimentos doutrinários e a evolução jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no Direito Interno, em especial do Pacto de San José.

3.1. Dos tratados em geral e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Mello (2004), os tratados constituem importante fonte do Direito Internacional, em razão de sua multiplicidade e pelo fato de as matérias de maior relevância serem por eles regulamentadas.

As fontes formais do Direito Internacional, consagradas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, são: as convenções internacionais (tratados), o costume internacional e os princípios gerais de direito. Não é estabelecida a precedência de uma sobre as outras, entretanto, parte da doutrina atribui maior relevo aos tratados e costumes. Mencionam-se, ainda, no dispositivo, as decisões judiciais e a doutrina de juristas qualificados como fontes auxiliares (AMARAL JÚNIOR, 2011).

Nas palavras de Francisco Rezek (2010, p. 14), tratado é “todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.²³

No direito brasileiro, há dois processos de celebração de tratados: (1) o solene e complexo e (2) o simples e abreviado:

No primeiro processo, seguem-se os seguintes atos, a fim de que o tratado seja aperfeiçoado: a) negociação; b) assinatura; c) mensagem ao Congresso; d) aprovação parlamentar; e) ratificação; f) promulgação; ou no caso de adesão a determinado tratado: a) mensagem ao Congresso; b) autorização parlamentar; c) adesão; d) promulgação.

No processo simples e abreviado, utilizado para os acordos executivos, reconhecidos já de longa data na nossa prática constitucional, segue-se a referida sequência: a)

²³ É de se ressaltar que são equivalentes a *tratado*, as expressões: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, *convenção*, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento; contudo, existe a preferência de certos termos a certos tipos de tratados, além do que a prática mostra o uso livre, indiscriminado e muitas vezes ilógico dos termos (REZEK, 2010).

negociação; b) assinatura (ou troca de notas); c) publicação. (GALINDO, 2002, p. 108)

O procedimento abreviado é geralmente utilizado para a conclusão de tratados bilaterais de importância limitada. Para a celebração de pactos coletivos sobre interesses mais relevantes, reserva-se o procedimento solene e complexo (REZEK, 2010).

Tendo em vista que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – em razão de seu objeto – seguiu o processo complexo, apenas este constituirá objeto de análise do presente trabalho.

Dispõe o art. 84, VIII, da Constituição Federal, que o Presidente da República é competente para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.²⁴ Em outras palavras, é competente para negociar e assinar os tratados internacionais (GALINDO, 2002).²⁵

Se entender que o tratado deve ser ratificado, o Presidente, após a assinatura, encaminha Mensagem ao Congresso Nacional, com o texto do tratado e a Exposição de Motivos (GALINDO, 2002). Nos termos do art. 49, I, da Constituição, compete ao Congresso resolver definitivamente sobre tratados que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Segundo Rezek (2010), a aprovação é formalizada por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, promulgado pelo Presidente do Senado Federal e publicado no Diário Oficial da União.

Promulgado o Decreto Legislativo, é facultado ao Presidente da República ratificar o tratado. A ratificação consiste na comunicação à outra parte, ou ao depositário, da vontade de vincular-se juridicamente ao pacto.²⁶ Essa comunicação ocorre de duas formas: no caso de acordos bilaterais, por troca de instrumentos e, no caso de acordos multilaterais, pelo depósito de instrumento de ratificação. Neste caso, conforme afirma Galindo (2002), a validade internacional do tratado tem início quando do depósito e não do conhecimento das outras partes pactuantes.

Em seguida, ocorrem a promulgação e a publicação de Decreto do Presidente da República. Diverge a doutrina acerca da natureza do decreto presidencial, em razão do silêncio da Constituição sobre a processualística dos tratados. Alguns autores entendem que, por meio dele, os acordos incorporam-se ao direito interno, o que demonstraria a adoção do

²⁴ A Constituição de 1967, em seu art. 83, VIII, de modo semelhante, afirmava ter o Presidente da República competência privativa para “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional”.

²⁵ Conforme lição de Rezek (2010), essa atividade representativa também pode ser exercida pelo Ministro de Estado responsável pelas relações exteriores ou por chefes de missão diplomática (estes, para a celebração de tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o acreditado), ou ainda, por outros plenipotenciários que apresentem tal qualidade por meio da apresentação de carta de plenos poderes.

²⁶ Ensina Rezek (2010, p. 50) que a “[r]atificação é o ato unilateral com que a pessoa jurídica de direito internacional, signatária de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”. Ainda, de acordo com esse autor, cuida-se de uma comunicação formal feita à outra parte, ou ao depositário.

sistema dualista no Brasil. Outros afirmam tratar-se de ato de publicidade da norma internacional, que já constituiria fonte do direito brasileiro (sem a necessidade de transformação, portanto). De acordo com Galindo (2002), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora não o diga expressamente, inclina-se à tese de que o Decreto transforma o Direito Internacional em Interno.²⁷

A Constituição de 1988, na esteira das anteriores, não dedicou dispositivo algum para tratar da questão do conflito entre normas internacionais e internas. A ampliação da temática objeto de tratados aumentava a possibilidade de conflitos entre essas normas. A questão foi pacificada no Supremo Tribunal Federal na década de 1970, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004/SE, no qual decidiu pela aplicação da regra *lex posterior derogat lex priori* (GALINDO, 2002). Assim, consagrou a Corte que tratados e leis federais seriam normas de mesmo nível hierárquico. Dispôs a ementa:

CONVENÇÃO DE GENEVRA – LEI UNIFORME SOBRE LETRAS DE CÂMBIO E NOTAS PROMISSÓRIAS – AVAL APOSTO A NOTA PROMISSÓRIA NÃO REGISTRADA NO PRAZO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SER O AVALISTA ACIONADO, MESMO PELAS VIAS ORDINÁRIAS. VALIDADE DO DECRETO-LEI Nº 427, DE 22.01.1969.

Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório de Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título.

[...]

Recurso extraordinário conhecido e provido. (BRASIL, 1977)

Esse entendimento da Corte levou à aplicação de outras regras para a solução de conflitos entre normas de direito interno entre estas e normas oriundas de fonte internacional (GALINDO, 2002).

3.2. Posicionamento do *Pacto de San José da Costa Rica* no ordenamento brasileiro

3.2.1. Antes da EC 45/2004

Desde o julgamento do RE 80.004/SE até o julgamento do RE 466.343-1/SP, em 2008, a relação entre tratados e Direito Interno continuou sendo interpretada da mesma maneira pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo Galindo (2005), a questão dos tratados de direitos humanos raramente era submetida à Corte, especialmente porque, até a redemocratização do país, os pactos mais importantes nessa matéria ainda não haviam sido ratificados pelo Estado.

²⁷ Registre-se que a posição doutrinária do autor é a de que assiste razão à corrente segundo a qual o Decreto do Executivo apenas dá publicidade ao tratado devidamente ratificado.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 4º, II, a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, foram ratificados diversos tratados relativos a tais direitos, dentre os quais, destacam-se, no sistema interamericano, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 1989; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1996 (PIOVESAN, 2010).

Se a Constituição não reservou dispositivo para tratar da relação entre tratados em geral e direito interno, o mesmo não se pode dizer acerca dos tratados de direitos humanos. Conquanto não tenha disciplinado a matéria expressamente, o § 2º do art. 5º dispõe: “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”.²⁸

Segundo Weis (2010), esse dispositivo permitiria, em tese, que comandos de textos legais internacionais se incorporassem à Constituição, por autorização expressa, rompendo com o dogma da soberania nacional absoluta.

Especialmente após a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica, iniciaram-se debates em âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos. A seguir, serão expostas as principais teses a respeito.

3.2.1.1. Da supraconstitucionalidade

A supraconstitucionalidade foi defendida no Brasil por Celso de Albuquerque Mello e por pequena parcela da doutrina. Defendia o doutrinador que os tratados internacionais de direitos humanos, quando contivessem normas mais benéficas que as constitucionais, seriam hierarquicamente superiores a elas. Além disso, quando consideradas normas de natureza *jus cogens*, também teriam tal caráter (GALINDO, 2005).

O direito constitucional internacional é a tentativa de adaptar a Constituição à ordem jurídica internacional que se sobrepõe a ela. A Constituição é a manifestação da soberania estatal e o direito internacional público a sua negação ou, pelo menos, a sua crescente limitação. (MELLO, 1994 *apud* WEIS, 2010, p. 29)

3.2.1.2. Da constitucionalidade

²⁸ Segundo Weis (2010), tal dispositivo constitucional seguia uma tendência adotada por outros países em suas Constituições: Portugal (art. 16, 1º e 2º), Alemanha (art. 25), Nicarágua (art. 46), Chile (art. 5º, II), Colômbia (art. 93), Argentina (art. 75, 22) e Guatemala (art. 46).

Segundo Galindo (2005), a tese da constitucionalidade é defendida, entre outros, por Cançado Trindade, Flávia Piovesan e Ingo Sarlet.

Os tratados de direitos humanos, afirma Piovesan (2010), diferenciam-se dos demais tratados por não estabelecerem prerrogativas e direitos para Estados, mas direitos aos indivíduos. Ao ratificá-los, os Estados assumem compromissos com seus jurisdicionados e não com outros países. Esse caráter especial justificaria seu caráter constitucional.

Para a autora, a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos é obtida por meio de interpretação teleológica e sistemática da Constituição, que protege prioritariamente os direitos fundamentais e estrutura-se, entre outros, no princípio da dignidade da pessoa humana (parâmetro que deve orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional).

Assim, a interpretação adequada do art. 5º, § 2º, levaria à conclusão de que as normas internacionais sobre direitos humanos, apesar de não aprovadas na forma de emenda constitucional (sem quórum qualificado e votação em dois turnos), seriam materialmente constitucionais, por opção do próprio constituinte originário. Tal dispositivo permitiria a abertura normativa da Constituição a novos princípios, decorrentes do direito internacional.

Portanto, os direitos fundamentais poderiam ser organizados em três grupos: (a) direitos expressos na Carta Magna; (b) direitos implícitos, decorrentes dos princípios adotados pela Constituição e (c) direitos expressos em tratados internacionais subscritos pelo Brasil.

3.2.1.3. Da supralegalidade

Antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, esse posicionamento foi defendido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RHC 79.785/RJ (GALINDO, 2005). Confira-se:

[...] [P]arificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, §2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade [...] e pela ilustrada Flávia Piovesan [...] – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.

3.2.1.4. Da legalidade

A equiparação dos tratados internacionais de direitos humanos a leis federais era doutrinariamente defendida, entre outros, por Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Alexandre de Moraes. Dentre os argumentos utilizados pelos defensores desta tese estavam: (a) a interpretação do art. 102, III, *b*, da CF, pelo qual o Supremo Tribunal Federal teria competência para revisar decisões que julgassem inconstitucionais tratados internacionais, o que sinalizaria sua infraconstitucionalidade; (b) para se incorporarem à Constituição, os tratados precisariam passar por procedimento congruente ao de aprovação de emendas constitucionais e (c) a incorporação como norma constitucional poderia violar o art. 60, § 4º, pois o tratado poderia perder sua vigência pela simples denúncia, feita pelo Presidente da República, ao passo que os direitos fundamentais não são passíveis de revogação (WEIS, 2010).

Com a ratificação (e publicação do Decreto presidencial) da Convenção Americana de Direito Humanos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar acerca da prisão do depositário infiel (GALINDO, 2005). O art. 5º, LXVII, da CF, proíbe a prisão civil por dívidas, exceto a do responsável por inadimplemento voluntário de prestação alimentícia e a do depositário infiel. Ocorre que o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, equiparava o devedor no contrato de alienação fiduciária em garantia a depositário para efeitos da lei civil (art. 1º). Dizia expressamente (art. 4º) que, em caso de inadimplemento do devedor, se fosse frustrada a busca e apreensão do bem, esta poderia ser, a requerimento do credor, convertida em ação de depósito, conforme o disposto no Código de Processo Civil, cujo art. 904 dispõe:

Art. 904. Julgada procedente a ação [de depósito], ordenará o juiz a expedição de mandato para a entrega, em vinte e quatro horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandato, o juiz *decretará a prisão* do depositário infiel.²⁹ [grifo nosso]

No entanto, tais disposições não se amoldavam à Convenção Americana nem ao Pacto de Direitos Civis e Políticos. Aquela (art. 7º (7)) somente permite a prisão civil por dívida no caso de inadimplemento de obrigação alimentícia.

No julgamento do HC 72.131/RJ, em novembro de 1995, o STF afastou o argumento de que o Pacto de San José teria hierarquia de norma constitucional, mantendo-se na esteira do RE 80.004/SE, conferindo também aos tratados de direitos humanos status de lei ordinária. O Ministro Moreira Alves, relator para o acórdão, afirmou que, (a) conforme a

²⁹ Ressalte-se que estava vigente à época o Código Civil de 1916, cujo art. 1287 previa prisão de até um ano (o dispositivo foi reproduzido no art. 652 do atual Código Civil). Confira-se: “Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).”

jurisprudência pacífica do Tribunal, os tratados internacionais possuem força de lei ordinária, em virtude do disposto no art. 105, III, da CF; (b) o § 2º do art. 5º não se aplicaria à Convenção Americana, pois não se admitiriam emendas constitucionais realizadas por meio de ratificação de tratado; (c) a prisão civil implicava, no caso, direito fundamental do credor e (d) em razão da hierarquia de lei federal, a Convenção, por seu caráter geral, não revogaria o disposto no Decreto-Lei nº 911/69, lei especial.

Essa interpretação acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos (referindo-se expressamente ao Pacto de San José) foi reafirmada em outros julgamentos do STF.³⁰

3.2.2. Após a EC 45/2004

No dia 31.12.2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45, que inseriu o § 3º ao art. 5º da Constituição: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Uma análise superficial da inovação reforça a tese segundo a qual os tratados de direitos humanos anteriores à promulgação da emenda e os posteriores não aprovados na forma do § 3º teriam o nível hierárquico de leis ordinárias, uma vez que, para serem consideradas equivalentes a normas constitucionais, deveriam ser (ou terem sido) aprovadas por procedimento especial.³¹

Em sede doutrinária, Flávia Piovesan (2010) posiciona-se contra esse entendimento. De acordo com a autora, o § 3º não revoga o § 2º, mas deve ser interpretado juntamente com ele, ou seja, os tratados de direitos humanos ratificados³² antes da publicação da Emenda nº 45/2004 já eram formal e materialmente constitucionais. No mesmo sentido, Rezek (2010).

Com relação aos tratados aprovados após a Emenda, classifica-os em materialmente constitucionais (os que não forem aprovados na forma do § 3º) e formal e materialmente constitucionais (se o forem). Entende que à hierarquia de valores deve

³⁰ RE 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 27.5.1998, DJ de 5.9.2003; HC 81.319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 24.4.2004, DJ de 19.8.2005; HC 77.053/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 23.6.1998, DJ de 4.9.1998; HC 79.870-5/SP, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 16.5.2000, DJ de 20.10.2000 e RE 282.644/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim, julgado em 13.2.2001, DJ de 20.9.2002. (BRANCO *et.al.*, 2008, p. 698).

³¹ Cf. BRANCO; COELHO; MENDES, 2008, e GALINDO, 2005.

³² Segundo a autora, os tratados de direitos humanos, ao contrário dos demais, incorporam-se automaticamente ao ordenamento brasileiro, a partir do ato da ratificação. Confira-se: “Não é necessária a produção de um ato normativo que reproduza no ordenamento jurídico nacional o conteúdo do tratado, pois sua incorporação é automática, nos termos no art. 5º, § 1º, que consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.” (PIOVESAN, 2010, p. 51)

corresponder uma hierarquia normativa, ou seja, a preponderância de um bem jurídico deve condicionar sua forma jurídico-normativa e não ser por ela condicionada.

Ao que parece, excluindo-se a classificação de normas material e formalmente e apenas materialmente constitucionais, a interpretação acerca dos tratados de direitos humanos após a entrada em vigor da Emenda ° 45/2004 continua a mesma, para a autora.

No julgamento do RE nº 466.343/SP (prisão de devedor em contrato de alienação fiduciária em garantia), do HC 87.585/TO (prisão do devedor em contrato de depósito) e do HC 92.566/SP (prisão do depositário judicial), o STF posicionou-se pela supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos.

No caso da alienação fiduciária em garantia, certamente a questão poderia ser resolvida pela interpretação restritiva do inciso XLVII do art. 5º da Constituição. Este proíbe a prisão civil por dívidas, excetuando o devedor de obrigação alimentícia e o depositário infiel. Assim, sendo apenas duas as possibilidades de prisão civil autorizadas pela Carta, não seria possível a equiparação de outros contratos ao de depósito, pela legislação ordinária, simplesmente para conferir ao credor esse instrumento de coerção, pois se extrapolaria a permissão constitucional.³³

A utilidade do entendimento da supralegalidade consistiu em vedar absolutamente a prisão do depositário infiel, permitindo-se estender a proibição ao contrato de depósito e ao depósito judicial (o que ficou expressamente consignado nas decisões dos *habeas corpus* supracitados).³⁴ Dispôs a ementa do HC 87.585/TO:

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

Manifestaram-se pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, os Ministros Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia, Menezes Direito, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Pela constitucionalidade, pronunciaram-se os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau. Os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa não aderiram a nenhuma das teses na fundamentação de seus votos.

³³ Desta forma, entenderam os Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Aquele, posteriormente, optou pela tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos enquanto este, afirmando ser suficiente a interpretação do texto constitucional para o deslinde da controvérsia, não se pronunciou sobre a hierarquia do Pacto de San José.

³⁴ Aqui, faz-se necessário ressaltar a posição do Ministro Marco Aurélio, no HC 92.566/SP. Segundo ele, não era necessário fixar no julgamento a hierarquia da Convenção Americana, uma vez que, ainda que fosse considerada ao nível de leis ordinárias, revogaria o disposto no art. 904 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a prisão do depositário infiel. De seu voto, inferimos que, apesar da autorização do art. 652 do Código Civil, a prisão não poderia ser efetuada em razão da revogação da norma instrumental.

Assim, apesar de haver teses doutrinárias em sentido diverso e haver apenas cinco ministros favoráveis à tese da supralegalidade, é esta a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos tratados de direitos humanos.

3.3. Da incompatibilidade da Lei nº 6.683/79 com a Convenção Americana de Direitos Humanos

Apesar de haver divergências no Supremo Tribunal Federal a respeito do nível hierárquico dos tratados de direitos humanos, é certo que a jurisprudência evoluiu no sentido de rejeitar a mera equivalência a leis ordinárias federais. A Convenção Americana, de acordo com a atual jurisprudência do STF, é norma infraconstitucional, porém supralegal. É de acordo com esse entendimento que será analisada nesse trabalho a possibilidade de cumprimento da sentença da Corte Interamericana.

A adoção dessa interpretação acerca da hierarquia do Pacto de San José é meramente metodológica. Sendo a finalidade deste trabalho investigar a possibilidade de cumprimento da decisão da Corte IDH, parece ser mais realista a análise do tratado a partir do nível hierárquico definido pelo STF, tendo em vista que do entendimento deste tribunal dependerá a execução da sentença internacional.³⁵

A supralegalidade dos tratados de direitos humanos, se não inviabiliza a estrita observância da decisão prolatada na ADPF 153/DF (de que a Lei de Anistia é constitucional e, por isso, válida e eficaz no ordenamento brasileiro), ao menos faz com que parem dúvidas a respeito, especialmente após o julgamento do caso *Gomes Lund e outros*. Isso ocorre basicamente em razão do objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, previsto em lei e dedutível do dispositivo constitucional que a inseriu no direito brasileiro:

“Art. 102. [...]§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.” (Constituição Federal, grifo nosso)

“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)” (BRASIL. Lei nº 9.887, 1999, grifo nosso)

³⁵ Ver Item 4 deste trabalho.

Pode-se concluir, portanto, que ao julgar a referida ADPF, o Supremo Tribunal Federal declarou que a Lei nº 6.683/79 não viola quaisquer preceitos fundamentais previstos na Constituição. Se o Pacto de San José não tem *status* constitucional, mas supralegal, a validade e eficácia da lei em face de seus dispositivos não podem ser analisadas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Corte Interamericana, referindo-se ao julgamento da ADPF, entendeu que o STF não realizou, naquela ocasião, o controle de convencionalidade da lei, pois teria desconsiderado os compromissos internacionais aos quais o Estado se vinculou.³⁶

Segundo André Ramos de Carvalho (2011), há duas formas de se solucionarem os conflitos aparentes entre as decisões do STF e da Corte de San José. A primeira seria por meio do que chama de *Diálogo das Fontes*, que seria o uso, pelo tribunal nacional, das posições de órgãos internacionais de direitos humanos.

A segunda maneira de solução seria o uso da *teoria do duplo controle*. Por esta teoria, os atos ou normas devem ser aprovados pelo controle nacional de constitucionalidade e pelo controle internacional de convencionalidade. Este seria realizado, no caso da Convenção Americana, pela Corte da Costa Rica e aquele, pelo Supremo Tribunal Federal. Esta separação de competências seria o resultado da interpretação sistemática dos arts. 5º, §§ 2º e 3º e 102 da Constituição e do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Carvalho (2011) defende que as decisões da Corte Interamericana têm caráter constitucional, tendo em vista o § 2º do art. 5º da Constituição e o art. 7º do ADCT, que dispõe que “[o] Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. A análise deste trabalho levará em consideração a atual interpretação do STF a respeito dos tratados de direitos humanos, segundo a qual, cuida-se de normas de hierarquia supralegal. De acordo com este entendimento, não parece que seria acolhida pela Corte Suprema a tese de que as decisões de órgãos internacionais de direitos humanos teriam nível superior ao conferido ao próprio tratado.

De qualquer forma, afirma o autor que as decisões de tribunais internacionais de direitos humanos devem ser cumpridas internamente, pois o constituinte não exigiria a propugnação por um tribunal internacional de direitos humanos para que o Estado desobedecesse a suas determinações.

³⁶ Ver tópico 2.4 deste trabalho.

4. DA POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA

Neste capítulo, analisar-se-á a possibilidade de cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund. Levando-se em consideração o caráter infraconstitucional e supralegal da Convenção Americana, a aplicabilidade da decisão depende de sua compatibilidade com a Constituição Federal.

A Corte Interamericana determinou que o Brasil tipificasse o crime de desaparecimento forçado e que não se valesse da Lei de Anistia, da prescrição, da irretroatividade da lei penal ou de qualquer outra excludente de responsabilidade penal que pudesse resultar na impunidade dos responsáveis por violações de direitos humanos. Ademais, determinou que, enquanto não tipificado o crime de desaparecimento, o Estado deveria efetivar a persecução penal de acordo com os mecanismos previstos na legislação vigente.

O cumprimento das decisões da Corte tem por fundamento jurídico o art. 7º do ADCT e o art. 68 da CADH. Este, segundo Carvalho (2001), prevê duas regras de execução das sentenças do Tribunal: uma dependendo da normatividade do direito interno, ou seja, cada Estado escolhe a forma de executar os comandos, nos termos de seu direito; e outra relativa às indenizações compensatórias, que devem ser executadas pelo processo interno de execução de sentenças contra o Estado.

Assim, as sentenças da Corte que determinam indenização pecuniária (execução por quantia certa contra a Fazenda Pública), constituem nova hipótese de execução no ordenamento pátrio, a de sentença internacional da Corte IDH – título executivo judicial, aplicando-se, o disposto nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil – CPC – e 100 da CF. Não haveria, portanto, necessidade de homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.³⁷

Quanto às obrigações não pecuniárias, a Constituição é favorável ao cumprimento de decisões de tribunais internacionais. Os seguintes dispositivos da Carta Magna demonstram esse entendimento: art. 4º, II; 5º, § 2º e 7º do ADCT. Também nesse caso não seria necessária a homologação da sentença (CARVALHO, 2011).

³⁷ O autor refere-se à competência do STF para a homologação de sentença estrangeira, pois cabia a este tribunal tal atribuição, até a entrada em vigor da EC nº 45/2004, que a transferiu para o STJ. Acrescenta que o STF entendia a homologação de sentença estrangeira como ato de recepção de decisão emanada por outro Estado, o que não se aplicaria às sentenças da Corte Interamericana, que têm natureza de decisão de organização internacional. Dessa forma, a necessidade de homologação das sentenças da Corte seria uma indevida ampliação da competência do STF (RAMOS, 2011).

Cumpra ao Poder Executivo um dos papéis mais importantes em relação ao cumprimento da sentença internacional: a investigação dos crimes. Não havendo apuração dos atos praticados, ficam prejudicadas a persecução penal e a punição dos responsáveis. Afirma Ramos (2011) que compete ao Ministério da Justiça e a seu Departamento de Polícia Federal a formação de força-tarefa, com delegados e especialistas, para a apuração dos fatos. De fato, entendemos que, em virtude da competência constitucional da Polícia Federal, é inarredável que esteja obrigada às referidas averiguações. Nos termos do art. 144, § 1º, I, da CF:

A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras *infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional* e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei. (Grifo nosso)

A disposição legal a que se refere a Constituição está prevista no art. 1º, *d*, da Lei nº 4.483/64.³⁸ Cumpra esclarecer que o inquérito policial pode ser iniciado de ofício pela autoridade policial, por requisição do Ministério Público ou da autoridade judicial ou ainda por requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo (CPP, art. 5º). A requisição do Ministério Público não pode ser indeferida pela autoridade policial, que deverá imediatamente instaurar o inquérito, o que acentua a importância desse órgão no cumprimento da sentença.³⁹

É de se ressaltar que o Poder Legislativo também possui poderes investigativos, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, conforme previsto no art. 58, § 3º, da CF e na Lei nº 1.579/52. Ademais, a Comissão da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528/2011, embora não tenha caráter jurisdicional ou persecutório (art. 4º, § 4º), pode ser fonte de importantes informações que contribuam com as investigações realizadas em outros âmbitos.

4.1. Das investigações e persecuções criminais com fundamento na legislação em vigor

Conforme já mencionado anteriormente, o Brasil foi condenado a tipificar o crime de desaparecimento forçado e, enquanto isso, realizar as investigações e a persecução

³⁸ O dispositivo contém a seguinte redação: “ Art. 1º Ao Departamento Federal de Segurança Pública (D.F.S.P.), com sede no Distrito Federal, diretamente subordinado ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, dirigido por um Diretor-Geral, nomeado em comissão e da livre escolha do Presidente da República, compete, em todo território nacional: [...] d) a apuração em colaboração com as autoridades dos Estados, dos crimes que, por sua natureza, características ou amplitude transcendam o âmbito de uma unidade federada ou que, em virtude de tratados ou convenções internacionais, o Brasil se obrigou a reprimir.” A referida lei reorganiza o Departamento Federal de Segurança Pública e dá outras providências. A atual denominação *Departamento de Polícia Federal* foi dada pelo art. 210 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Informações obtidas em: <<http://www.dpf.gov.br/institucional/historia/historia-cont>>, acesso em 20 nov. 2011.

³⁹ Nesse sentido: Feitosa (2009) e Aury Lopes Jr. (2010).

penal dos responsáveis de acordo com os meios disponíveis no direito interno. Assim, a instauração de inquéritos policiais e, eventualmente, de ações penais deve ter por fundamento a apuração de crimes previstos na legislação em vigor.

Deve-se ressaltar que a possibilidade de cumprimento da sentença da Corte IDH depende, fundamentalmente, do entendimento do Poder Judiciário nesse sentido. Isso porque, de acordo com Lopes Jr. (2011), até mesmo o procedimento investigatório, geralmente realizado por meio de inquérito policial, pode ser obstaculizado por meio de *habeas corpus*.⁴⁰

É necessário, portanto, definir as condutas abrangidas pelo desaparecimento forçado, a fim de que se possam analisar os tipos penais relacionados ao caso. De acordo com a Comissão e com a Corte Interamericana, o desaparecimento forçado caracteriza-se (1) pela privação da liberdade, mediante detenção arbitrária ou sequestro; (2) pelo envolvimento de agentes estatais (intervenção direta ou aquiescência); (3) pelo fato de o governo não oferecer informações que permitam determinar o paradeiro das vítimas e, em geral, não reconhecer as detenções (JARDIM, 1997).⁴¹

Embora até o presente momento não esteja ratificada, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas⁴² (doravante CIDFP), declara, em seu artigo 2º:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a *privação de liberdade* de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada *por agentes do Estado* ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem *com autorização, apoio ou consentimento do Estado*, seguida de *falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa*, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes. (Grifo nosso)

A privação de liberdade subsume-se ao crime de sequestro, previsto na legislação brasileira. Dispõem, de forma semelhante, acerca da privação da liberdade, o Código Penal – CP – e o Código Penal Militar – CPM. O primeiro declara: “Art. 148. Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena – reclusão, de um a três

⁴⁰ Manifestaram-se sobre o arquivamento ou trancamento do inquérito policial pela via do *habeas corpus* o STJ (RHC 5.827/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Anselmo Santiago, julgado em 2.6.1997, DJ de 30.6.1997; RHC 24.927/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 9.8.2011, DJe de 25.8.2011) e o STF (HC 92.110/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluzo, Julgado em 1º/4/2008, DJe de 12/6/2008; HC 106.314/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Julgado em 21/6/2011, DJe de 23/8/2011).

⁴¹ No mesmo sentido se manifestou a Corte no julgamento do Caso Gomes Lund (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, § 104).

⁴² A Convenção foi assinada pelo Governo brasileiro em 10 de junho de 1994, e aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 127, de 8 de abril de 2011. Até o momento (novembro de 2011) não há notícia da ratificação do tratado (Dados disponíveis em: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>>, acesso em 6 nov. 2011). Além disso, o Brasil ratificou também a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (aprovada pelo Congresso Nacional em 1º.9.2011 e ratificado em 29.11.2011) (JARDIM, 2011). Tal convenção dispõe: “Para os efeitos desta Convenção, entende-se por “desaparecimento forçado” a prisão, a detenção, o seqüestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei.” (art. 2º).

anos”. O segundo, no art. 225, apresenta praticamente a mesma redação, excluindo apenas a referência à pena base.

Quando a privação de liberdade dura mais de quinze dias, incidem circunstâncias legais diversas, de acordo com o diploma a ser aplicado.⁴³ O CPM prevê que a pena é aumentada de metade (art. 225, § 1º, III), enquanto o CP atrela ao mesmo fato uma circunstância legal qualificadora, determinando pena de reclusão de dois a cinco anos (art. 148, § 1º, III).

O diploma militar prevê, ainda, reclusão de 12 a 30 anos se a vítima, em decorrência de maus tratos sofridos durante a constrição de sua liberdade, vier a falecer.⁴⁴

Além da privação de liberdade, geralmente estão ligados ao desaparecimento forçado a execução sumária das vítimas e a ocultação de seus cadáveres, com o objetivo de garantir a impunidade (JARDIM, 2011).⁴⁵

Com relação à execução sumária, a conduta pode subsumir-se ao crime de homicídio, previsto nos arts. 121 do CP e 225 do CPM. A ocultação (e destruição) de cadáveres está prevista no art. 211 do CP (comina-se pena de reclusão de um a três anos).

A referência ao Código Penal Militar é necessária, por ser lei especial, aplicável nos termos do art. 9º do CPM, que influi na competência do órgão julgador dos delitos. Esta questão será abordada em tópico específico.

Considerados estes tipos penais, a sistemática dos códigos imporia duas causas de extinção da punibilidade, a saber: a anistia (CP, art. 107, II; CPM, art. 123, II; concedida pela Lei nº 6.683/79)⁴⁶ e a prescrição (CP, art. 107, IV; CPM, art. 123, IV).

Ressalte-se que é cabível *habeas corpus* quando alguém sofre ou se acha na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, LXVIII

⁴³Segundo Jesus (2008), circunstâncias são fatos ou dados que podem ou não existir ao lado dos elementos do crime e têm a função específica de aumentar ou diminuir a pena. As circunstâncias são classificadas entre judiciais (que levam em consideração a culpabilidade do agente, previstas no art. 59 do CP) e legais. Estas são subdivididas em (a) gerais, comuns ou genéricas (que podem ser agravantes ou atenuantes, previstas nos arts. 61; 62; 65 e 66) e (b) específicas. As circunstâncias legais específicas, por sua vez, são classificadas em causas de aumento e de diminuição de pena (quando o legislador determina que se aumente ou reduza a pena fixada, em geral de metade, um terço e um sexto, se verificado determinado fato ou dado, previstas, por exemplo, nos arts. 26, parágrafo único; 60, § 1º; art. 121, §§ 1º e 4º do CP e art. 225, § 1º, do CPM) e qualificadoras (circunstâncias que, aliadas ao tipo fundamental, aumentam a pena; a diferença em relação às outras circunstâncias legais consiste em que o legislador define as penas mínima e máxima a serem aplicadas ao caso, *e.g.*, art. 121, § 2º; art. 148, §§ 1º e 2º, do CP e art. 225, §§ 2º e 3º, do CPM).

⁴⁴Deve-se registrar que acerca da tortura, há disposições especiais na Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Considerando que o Estado reconheceu a prática de tortura no episódio da Guerrilha do Araguaia (BRASIL, 2007, p. 195; CORTE IDH, 2010, §§ 116 e 117), não seria desarrazoado considerar a aplicação desta lei como fundamento para ações penais contra os responsáveis. No entanto, conforme mencionado na decisão da Corte IDH, grande parte dos corpos sequer foi localizado, o que, em tese, torna ainda mais difícil a comprovação de atos de tortura (tendo em vista que a subsunção aos tipos penais fica condicionada a específicos elementos objetivos e subjetivos do tipo). Além disso, haveria o óbice da anterioridade da lei penal (observe-se que os crimes analisados neste item do trabalho já estavam tipificados à época dos fatos). De qualquer forma, serão tecidos comentários a respeito quando se tratar da irretroatividade da lei penal como óbice ao cumprimento da sentença.

⁴⁵Perfílha o mesmo entendimento a Corte IDH, que já no caso *Fairén Garben vs. Honduras*, havia declarado: “La práctica de las desapariciones forzadas ha implicado con frecuencia la ejecución, en secreto y sin juicio, de los detenidos y el ocultamiento de los cadáveres. Esa violación del derecho a la vida infringe el artículo 4 de la Convención.” (CORTE IDH, 1989b, § 150)

⁴⁶Doutrinariamente, sustentam Pierangeli e Zaffaroni (2009), que a anistia descriminaliza o delito, excluindo, portanto sua tipicidade. No entanto, neste trabalho seguir-se-á a teoria adotada na legislação, ou seja, que a anistia é causa extintiva da punibilidade.

e CPP, art. 647). Ademais, o CPP (art. 648, VII) afirma que a coação é ilegal quando a punibilidade está extinta. Aury Lopes Junior, a respeito, aduz:

Quando presentes [as causas de extinção de punibilidade], retiram o poder punitivo do Estado, e, como decorrência do princípio da necessidade, não havendo poder punitivo a ser reconhecido na sentença, não está legitimada qualquer atuação estatal, seja a abertura de inquérito policial, exercício da acusação, desenvolvimento do processo, prisão cautelar, medidas cautelares etc. (LOPES JUNIOR, 2011, p. 620)

4.1.1. Da prescrição

De acordo com Pierangeli e Zaffaroni (2009), embora o decurso do tempo não apague as consequências do crime, em determinadas condições leva o Estado a renunciar a seu poder-dever de punir. Os fundamentos para que se consagre a prescrição variam: alguns a justificam pela dificuldade probatória para a apuração da materialidade e autoria dos delitos, outros o veem na ausência de lembrança do delito e das consequências morais na sociedade. Segundo Ivan Luís Marques (2011), a estas teorias somam-se: a da emenda do delincente (que o decurso do tempo traz, por si só, mudança de comportamento, demonstrando a desnecessidade da pena) e a da expiação moral, pela qual o criminoso, durante o lapso temporal sofre a expectativa de, a qualquer momento, ter contra si iniciada a persecução criminal e a punição correspondente, de modo que essa aflição tornaria desnecessária a aplicação da pena.

Pierangeli e Zaffaroni (2009, p. 645) tendem a defender a teoria segundo a qual o homem ou a mulher diante do tribunal, após o lapso de tempo, não é aquele(a) que praticou o delito; arrematam: “Se a ressocialização se produz por si só, sem a intervenção da coerção penal, o cárcere fica sem sentido.”⁴⁷ Posicionam-se, aliás, firmemente contra a imprescritibilidade:

[...] [R]ecentemente, tem-se assistido, em vários movimentos internacionais a um redobrado esforço em favor da imprescritibilidade – tanto no âmbito do direito penal como no do processual penal –, quanto aos crimes atentatórios à paz e à humanidade, muito especialmente ao *genocídio*, e a outros, puníveis com pena de morte e de prisão perpétua.

Não nos parece existir fundamentação suficiente para isso. Não existe na listagem penal crime que [...] possa merecer a imprescritibilidade [...]. ‘A indignação pública e o sentimento de insegurança que o crime gerou amortecem o decorrer dos anos, do mesmo modo que se atenua a revolta e exigência de justiça dos ofendidos’ (ANÍBAL BRUNO), e nem mesmo as exigências de prevenção especial podem perdurar para sempre. [...] Esta, a punição, só poderia encontrar fundamentação na retribuição e no sentimento de vingança, que nos parecem incompatíveis com o direito penal moderno e com um Estado de Direito. (PIERANGELI e ZAFFARONI, 2009, p. 645)

⁴⁷ De acordo com Marques (2011, p. 136), trata-se da teoria que denomina de psicológica, que “funda-se na ideia de que, com o decurso do tempo, o criminoso altera o seu modo de ser e de pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração penal, motivando a não aplicação da pena”.

Cumpra observar que, nos termos do art. 109 do CP e 125 do CPM o prazo prescricional mais largo é de 20 anos (salvo quanto aos crimes militares em tempo de guerra, aos quais se comina pena de morte).⁴⁸

Com relação aos crimes considerados no presente capítulo, segue a tabela com os respectivos prazos prescricionais. Tendo os conflitos se iniciado em 1972 e se encerrado em 1974 (CORRÊA, 2005), será calculado o período em que teriam prescrito os crimes cometidos (ou cuja consumação tenha se encerrado) nesse período.

Tipo penal	Pena	Prazo prescricional	Prescrição
Sequestro ou cárcere privado (CP, art. 148; CPM, art. 225)	Reclusão, de um a três anos (CP). Reclusão, de até três anos (CPM)	Oito anos (CP, art. 109, IV; CPM, art. 125, V)	Entre 1980 e 1982.
Sequestro ou cárcere privado, quando a privação de liberdade durar mais de quinze dias (CP, art. 148, § 1º, III; CPM, art. 225, § 1º, III)	Reclusão, de dois a cinco anos (CP). Reclusão, de até quatro anos e meio (CPM). ⁴⁹	Doze anos (CP, art. 109, III; CPM, art. 125, IV).	Entre 1984 e 1986.
Sequestro ou cárcere privado, quando resultar para a vítima, em razão de maus tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral (CP, art. 148, § 2º; CPM, art. 225, § 2º)	Reclusão de dois a oito anos.	Doze anos (art. 109, III; CPM, art. 125, IV).	Entre 1984 e 1986.
Sequestro ou cárcere privado, quando, dos maus tratos ou em razão da detenção, resultar morte (CPM, art. 225, § 3º)	Reclusão, de doze a trinta anos.	Vinte anos (CPM, art. 125, II).	Entre 1992 e 1994.
Homicídio simples (CP, art. 121; CPM, art. 205)	Reclusão, de seis a vinte anos.	Vinte anos (CP, art. 109, I; CPM, art. 125, II).	Entre 1992 e 1994.
Homicídio qualificado (CP, art. 121, §2º; CPM, art. 205, § 2º)	Doze a trinta anos.	Vinte anos (CP, art. 109, I; CPM, art. 125, II).	Entre 1992 e 1994.
Destruição, subtração ou ocultação de cadáver (CP, art. 211)	Reclusão, de um a três anos.	Oito anos (CP, art. 109, IV)	Entre 1980 e 1982.

⁴⁸ Nesses casos, o CPM prevê prescrição de 30 anos (delitos militares em tempo de guerra previstos no Livro II – art. 125, I). É importante ressaltar que a Parte Geral do atual CP foi reformada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (FRAGOSO, 1991, p. 65). As disposições relativas à prescrição e a anistia como causas extintivas da punibilidade, que estavam previstas no art. 108, II, IV, e as concernentes aos prazos prescricionais (art. 109) são idênticas às dos arts. 107, II e IV e 109 do CP atual.

⁴⁹ Pois a pena prevista no *caput* do art. 225 deve ser aumentada de metade, quando verificada a circunstância.

Observa-se, portanto, que parte dos crimes teria prescrito antes mesmo de se instaurar um governo civil no país (os crimes de sequestro simples e qualificado e o de destruição e ocultação de cadáver). Assim, pode-se inferir que, pelo menos até 1985, a investigação dos fatos referentes à Guerrilha esteve comprometida, por se tratar de operação arquitetada pelo próprio Estado.

Tal fato torna-se especialmente interessante, tendo em vista que importantes doutrinadores do direito penal conceituam a prescrição como perda do direito de punir do Estado, pelo não exercício em determinado prazo.⁵⁰ Transcorrido o prazo sem que houvesse persecução penal por parte do Estado, não haveria mais interesse deste em fazê-lo. Assim, a contagem de prazos prescricionais durante o período ditatorial é, sem dúvida, de juridicidade questionável. Como esperar persecução e punição de agentes que dominam o aparato estatal?

Os óbices quanto à aplicação da imprescritibilidade aos delitos que agridem gravemente aos direitos humanos são: (1) a prescrição dos delitos como princípio constitucional e (2) a irretroatividade da lei penal mais gravosa.

No que tange ao primeiro, seria importante óbice a ser considerado. Contudo, a doutrina não se manifesta claramente a respeito. A maior parte das obras consultadas para a elaboração deste trabalho se limitou a afirmar a consagração da imprescritibilidade para os crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (CF, art. 5º, XLII e XLIV), sem mencionar se a regra da prescrição seria ou princípio constitucional.⁵¹ Matos (2007) afirma não ser possível ampliar, por lei, o rol de crimes imprescritíveis.

Marques (2011) admite que a prescrição de crimes seja princípio constitucional. A imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade, de acordo com o autor, também o seria, em face do disposto nos parágrafos do art. 5º da Constituição. É importante ser feita a seguinte ressalva: se os tratados de direitos humanos anteriores à vigência da EC nº 45/2004 não têm, segundo a jurisprudência do STF, status constitucional, não se poderia neles fundamentar a constitucionalidade da imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade. Não se elimina, entretanto, a hipótese de que esse entendimento resulte de princípios implícitos na própria Constituição. Sendo, por outro lado, a prescrição tida por instituto da legislação infraconstitucional, parece não haver óbice quanto à sua inaplicação, em decorrência da sentença internacional que interpreta norma de superior hierarquia a respeito do tema. Por outro lado, a irretroatividade da lei penal mais gravosa pode ser empecilho a tal interpretação.

⁵⁰ Nesse sentido: Nucci (2005), Prado (2005), Matos (2007), Bittencourt (2009) e Carvalho Filho (1958).

⁵¹Nucci (2005), Prado (2005), Matos (2007), Bittencourt (2009), Damásio E. de Jesus (2008) e Mirabete (2002).

Dispõe o inciso XL do art. 5º da CF: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Tal princípio aplica-se tanto à norma que cria novo tipo penal quanto à que agrava as consequências jurídico-penais do fato. Assim, se os delitos supramencionados obedeceriam a determinados prazos prescricionais e, posteriormente, por interpretação da CADH (que passou a integrar o ordenamento brasileiro em 1992), seriam considerados imprescritíveis, haveria violação ao dispositivo constitucional.

A proibição da retroatividade da lei mais grave aplica-se apenas a normas de direito penal material (TOLEDO, 1991). Embora possa considerar-se que a prescrição tenha natureza processual, no Brasil, tem sido considerada como direito material.⁵² Nesse sentido, manifestaram-se o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.⁵³

Seguindo-se esse raciocínio, pode-se concluir que a aplicação do princípio constitucional que proíbe a retroação da *lex gravior* condiciona-se à interpretação das normas infraconstitucionais que dispõem sobre a prescrição. Ou seja, a aplicação do princípio reduz-se à questão técnico-jurídica sobre a natureza do instituto da prescrição no direito pátrio, que se resolve pela análise da legislação ordinária.

Assim, se a legislação ordinária conduzisse o jurista à conclusão de que se trata de norma de direito processual, a possibilidade de ampliação do prazo prescricional estaria autorizada, sem violação ao disposto no inciso XL do art. 5º.

O que se quer demonstrar é que, sendo esse o fundamento da irretroatividade da lei que altera prazos prescricionais (o fato de tratar-se de lei penal material), seria possível, considerando a Convenção Americana e sua sentença no caso concreto, o entendimento de que, em situações excepcionais, como a ocorrência de delitos que caracterizam graves violações de direitos humanos, não fosse vedada a retroatividade dessas normas. É certo que nem o Pacto de San José nem a sentença tratam sobre a natureza jurídica da prescrição. No entanto, se por uma questão meramente técnica seria permitida no ordenamento brasileiro a alteração de prazos prescricionais sem violação do referido princípio, parece haver maior razão para que o mesmo possa ocorrer quando houver fundamentos substanciais nesse sentido, especialmente se relativos à proteção de direitos humanos.

⁵² Cf. TOLEDO, 1991, e BRANCO, COELHO e MENDES, 2009.

⁵³ Acórdãos do STJ: AgRg no REsp 691.582/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, Julgado em 15.3.2007, DJ de 9.4.2007; HC 85.147/SP, Rel. Des. Convocada Jane Silva, 5ª Turma, Julgado em 18.10.2007, DJ de 5.11.2007; APn 571/AL, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, Julgado em 18.5.2011, DJe de 17.6.2011. Acórdãos do STF: HC 75.679/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, Julgado em 3.3.1998, DJ de 20.4.2001; RHC 55.294/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, Julgado em 14.9.1977, DJ de 18.11.1977; RE 477.837/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 13.3.2007, DJe de 18.8.2007. Merece destaque o fato de haver se pronunciado expressamente nesse sentido o Min. Gilmar Mendes (p. 251) no voto da ADPF 153/DF.

No entanto, deve-se observar que, doutrinariamente, há controvérsias a respeito. Há autores, como Aury Lopes Jr. (2010), que defendem que o princípio da irretroatividade da *lex gravior* estende-se também à lei processual penal.⁵⁴

De qualquer forma, pode-se concluir que o maior empecilho à aplicação da imprescritibilidade dos crimes cometidos por agentes do Estado na Guerrilha do Araguaia é a vedação à retroatividade da lei penal mais severa.

4.1.2. Da anistia

A anistia, o indulto e a graça são atos de indulgência ou clemência soberana, pelos quais o Estado renuncia ao direito de punir. A anistia constitui esquecimento jurídico de infrações penais, concedida excepcionalmente para acalmar paixões sociais.⁵⁵

[U]ma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a *indulgência do príncipe*, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A *indulgentia principis* se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça (*supplementu iustitiae*), quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos. (GIUSEPPE MAGGIORE *apud* GRECO, 2003, p. 783)

A anistia é aplicável, em regra, a crimes políticos, mas nada impede que incida sobre crimes comuns,⁵⁶ embora nos termos da atual Constituição Federal, não seja aplicável aos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ao terrorismo e aos crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII). É concedida pelo Congresso Nacional (CF, art. 48, VIII).

Segundo Damásio E. de Jesus (2008), a anistia opera efeitos *ex tunc*, apagando o crime e extinguindo a punibilidade. Uma vez concedida, não pode ser revogada sem que haja violação ao art. 5º, XXXVI⁵⁷ e XL (irretroatividade da lei penal mais gravosa), da Constituição.

A violação do princípio da irretroatividade da *lex gravior* ocorreria porque a Convenção Americana passou a integrar o ordenamento brasileiro somente em 9 de novembro

⁵⁴ Bittencourt (2009) entende que o princípio *tempus regit actum* aplica-se tão somente às normas que se destinam a regular os atos processuais. Às normas processuais impróprias, que impliquem a diminuição de direitos ou restrição de liberdade, aplica-se o princípio da irretroatividade da lei mais severa.

⁵⁵ Nesse sentido, Damásio E. de Jesus (2008) e Mirabete (2002). Acrescenta Zaffaroni (2009) que a etimologia da palavra anistia alude a esquecimento.

⁵⁶ Damásio E. de Jesus (2008) denomina *anistia especial* à concedida a crimes políticos e *anistia comum* à que incide sobre delitos comuns.

⁵⁷ O autor não informa que princípio é violado. Nesse sentido, Néelson Hungria (1977) afirma expressamente que a não retroatividade da lei penal constitui direito adquirido do delinquente de não ter agravada sua situação jurídica.

de 1992, com a promulgação do Decreto nº 678 do mesmo ano.⁵⁸ Assim, tratar-se-ia de lei que agrava a situação do suposto delinquente, pois exclui escusa absolutória de que se aproveitaria, seja em razão da Lei nº 6.683/79, seja pela EC nº 26/85.

O problema poderia ser visto por outro viés. À exceção da competência do Congresso Nacional para a concessão da anistia e da proibição de sua concessão para os crimes de tortura, a Constituição não disciplina o instituto. Poder-se-ia, então, por via interpretativa, entender que a anistia não se estende aos crimes que constituem grave violação de direitos humanos. Não haveria necessidade de revogação da norma, pois seria ainda aplicável aos demais casos. A respeito da não aplicação do instituto a determinados delitos, confira-se:

A anistia compreende os delitos conexos. Mas a doutrina e a jurisprudência têm entendido que alguns crimes, apesar de conexos aos crimes políticos anistiados, podem escapar ao benefício, em virtude de sua natureza e gravidade. [...] Duas vezes, foi voto vencido o ministro Américo Lôbo, sustentando em ambas, o mesmo ponto de vista, ou seja, no primeiro caso, que ‘o assassinio, o roubo, o incêndio e os ataques ao pudor jamais se confundem ou se misturam com os crimes políticos; o mesmo regicídio não pertence a essa categoria de atos inspirados bem ou mal pelo sôpro do patriotismo’; e, no segundo caso, que ‘a lei de anistia, relativa a movimentos revolucionários, por mais genérica que seja, não compreende assassinatos ou tentativas de assassinatos premeditados, fria e cobardamente realizados a desoras, numa rua de lampiões apagados de indústria, com emboscada, disfarce, traição, surpresa e superioridade de armas’. (CARVALHO FILHO, 1958, p. 141-142)⁵⁹

Tratando-se de instituto sem conformação constitucional expressa, seria possível interpretá-lo de modo que não se aplicasse a graves violações de direitos humanos, assim como fazia a doutrina e o Min. Américo Lôbo, considerando a gravidade de determinados crimes.

Essa hipótese interpretativa parece não mais ser possível em virtude do julgamento da ADPF 153/DF, que considerou a lei de anistia válida em face da Constituição. O Supremo Tribunal Federal negou provimento à ação, inclusive no que tange à requerida interpretação conforme para que a escusa absolutória não se estendesse aos crimes comuns.

Há ainda que se considerar a hipótese aventada pelos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes no julgamento da referida ADPF: a EC nº 26/85, que convocou o Congresso Nacional, seria parte da Constituição de 1988. Tendo a emenda repetido os termos da Lei nº

⁵⁸ Conforme já foi observado no Capítulo II, há divergência acerca da vigência dos tratados no direito pátrio. Alguns autores aduzem ser desnecessária a publicação e outros até mesmo a promulgação por Decreto presidencial, sendo suficiente a ratificação.

⁵⁹ Os crimes a que faz referência são o assassinato cometido em Passo Fundo/RS, nos primeiros anos da República (provavelmente refere-se à república velha, inferimos que o ocorrido tenha se passado na última década do século XIX). A pronúncia pelo crime comum de homicídio havia sido decretada pela Justiça do Rio Grande do Sul, mas foi declarada nula, por haver sido alcançada pela anistia, conforme interpretação do Supremo Tribunal Federal. O segundo caso cuidava da condenação de um ex-cadete por haver tentado matar seu superior, junto com companheiros de farda e civis, no contexto de movimento armado irrompido no estado do Pará, para a deposição de seu governador. O STF manteve o acusado entre os beneficiados da anistia de 1891.

6.683/79, a anistia aos crimes cometidos no período seria norma constitucional. A prevalecer esse entendimento, não seria possível o cumprimento da sentença da Corte IDH, tendo em vista que se lastreia em norma infraconstitucional.

No entanto, essa interpretação, ao que parece, não foi adotada pelos demais juízes do STF. Manifestaram-se em sentido contrário os Ministros Cármen Lúcia, Ayres Brito e Celso de Mello; os demais não se pronunciaram a respeito.⁶⁰ Acerca da desvinculação da atual constituição à Emenda nº 26/85, Paulo Gonet Branco afirma:

[...] Nada impede que a ordem constitucional se dê por exaurida e convoque o poder constituinte originário para substituí-la. Foi o que aconteceu por meio da Emenda Constitucional n.26/85 [...].

Repare-se que a Emenda fala em Assembleia livre e soberana. O conceito jurídico de soberania aponta para situação de pleno desembaraço de limitações jurídicas, o que remete à noção de “ação ilimitada” típica do poder constituinte originário. A Assembléia livre é a que está desatrelada de toda ordem precedente.

[...]

[...] Instaurou-se um novo regime político, superando o anterior. Adotou-se uma nova ideia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica. (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 235)

Assim, o maior obstáculo para a aplicação da sentença da Corte IDH para que não se aplique a Lei de Anistia é o princípio da irretroatividade de lei penal mais gravosa.

4.2. Das investigações e perseguições criminais com fundamento no crime de desaparecimento forçado

O Estado brasileiro foi condenado, ainda, a tipificar o crime de desaparecimento forçado. Caberia questionar se, entrando em vigor lei que tipificasse essa conduta como crime, poderia haver persecução penal dos agentes estatais responsáveis pelas violações. A Corte parece defender a aplicação do tipo, ainda que a fatos anteriores, com o seguinte argumento:

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

⁶⁰ O Min. Celso de Mello afirmou que a Constituição poderia ter suprimido os efeitos da anistia, mas não o fez (ADPF 153/DF, p. 196).

A respeito da tipificação deste delito, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 301/2007⁶¹, de autoria do Deputado Dr. Rosinha. O projeto define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos e estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional. Ao original, foi apresentado substitutivo pelo Relator, Deputado Antonio Carlos Biscaia, que foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Crime contra a humanidade por desaparecimento forçado

Art. 30. Apreender, deter, sequestrar ou de outro modo privar alguém de liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de organização política, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando ou negando a privação da liberdade ou informação sobre sua sorte ou paradeiro a quem tenha o direito de sabê-lo, deixando o detido fora do amparo legal por período superior a quarenta e oito horas:

Pena: reclusão, de cinco a quinze anos, sem prejuízo da concorrência de outros crimes.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa detida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não seja esclarecida a sorte ou o paradeiro da pessoa detida, ainda que sua morte ocorra em data anterior.

Desaparecimento forçado qualificado

§ 3º A pena será de dez a trinta anos de reclusão, se o desaparecimento durar mais de trinta dias.

Os crimes de que trata o PL são imprescritíveis (art. 8º). Ademais, o desaparecimento forçado está elencado entre os crimes contra a humanidade (Título II), cujo elemento comum é ter sido praticado no contexto de ataque generalizado ou sistemático, dirigido contra a população civil (art. 14).

Tal tipificação, alerta Tarciso Dal Maso Jardim (2011), não se adéqua às exigências do sistema interamericano. A tipificação no PL objetiva se aproximar ao máximo ao previsto no Estatuto de Roma (arts. 5º, 7º, (1, i), (2, i)), que se diferencia do disposto na CIDFP e da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado ou Involuntário – DPCDF. O primeiro define o desaparecimento como parte de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, enquanto as últimas o definem como ataque contra pessoas ou grupo de pessoas.⁶²

O fato de não se adequar estritamente aos parâmetros do sistema interamericano pode ensejar a responsabilidade estatal pelo não cumprimento do disposto na

⁶¹ A este Projeto de Lei foi apensado o de nº 4.038/2008, de autoria do Presidente da República.

⁶² Maso (2011, p. 113-115) apresenta ainda três outras diferenças entre o Estatuto de Roma – ER – e a CIDFP. Aquele não exclui a participação de agentes envolvidos de forma indireta, mesmo quando o crime seja praticado por grupos regulares; a CIDFP atribui responsabilidade apenas ao Estado e cúmplices. Ademais, o ER prevê que o desaparecimento inicia-se por prisão, detenção ou sequestro da vítima, enquanto, para o sistema interamericano, qualquer privação de liberdade é suficiente. A última diferença diz respeito ao estabelecimento de dolo especial: “com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por período prolongado”, o que geraria a dificuldade de provar o dolo específico e a deixaria dúvidas a respeito do período prolongado; tais exigências para a caracterização do crime não são feitas na CIDFP. Tais diferenças não foram alçadas ao texto principal do trabalho, por terem sido resolvidas com a apresentação do Substitutivo aprovado na CCJC, como se pode observar pela leitura do dispositivo citado.

sentença do caso Gomes Lund e outros.⁶³ No entanto, se, ainda assim, fosse possível a investigação, persecução penal e punição dos envolvidos no caso com fundamento nesse dispositivo (se convertido em lei), o Brasil cumpriria com parte do comando da Corte IDH. Contudo, a persecução penal não parece ser possível nesses termos, pois o PL exige que as violações sejam direcionadas contra a população civil, além de prever ataque sistemático e generalizado.

Jardim (2011) defende que podem ser vítimas dos crimes contra a humanidade previstos no Estatuto de Roma, apesar da expressão *contra a população civil*: militares, combatentes e membros de grupos armados quando fora de combate.⁶⁴ Contudo, não é essa a hipótese da Guerrilha do Araguaia.

Cumprido analisar, ainda, outra iniciativa do Poder Legislativo no sentido de criminalizar a conduta em apreço. Cuida-se do PL nº 245/2011, de autoria do Senador Vital do Rêgo, que pretende inserir o tipo no Código Penal, o art. 149-A, nos seguintes termos:

Desaparecimento forçado de pessoa

Art. 149-A. Aprender, deter ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de grupo armado ou paramilitar, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando o fato ou negando informação sobre o paradeiro da pessoa privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal por período superior a 48(quarenta e oito) horas:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das penas correspondentes a outras infrações penais.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena ou atua de qualquer forma para encobrir os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º O crime perdura enquanto não for esclarecido o paradeiro da pessoa desaparecida ou de seu cadáver.

§ 3º A pena é aumentada de metade, se:

I – o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II – se a vítima for criança ou adolescente, portadora de necessidade especial, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.”

O Relator da proposta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Senador Pedro Taques, apresentou emenda substitutiva, que ainda não foi apreciada⁶⁵, *in verbis*:

Desaparecimento forçado de pessoa

⁶³ “Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericanos. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, 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.” (CORTE IDH, Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil, 2010, § 287)

⁶⁴ Para chegar a essa conclusão, o autor afirma que o ER desfez o vínculo entre crimes contra a humanidade e conflitos armados, pois admite sua possibilidade quando da ocorrência de qualquer violação contra a população civil. Do ponto de vista do direito penal internacional e em conformidade com a jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a Iugoslávia, o termo *população civil* engloba, além dos que não participam das hostilidades, os que deixaram de participar.

⁶⁵ O projeto está pronto para a Pauta na Comissão desde o dia 15/6/2011.

Art. 149-A. Apreender, deter, sequestrar, arrebatr, manter em cárcere privado, impedir a livre circulação ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, em nome de organização política, ou de grupo armado ou paramilitar, do Estado, suas instituições e agentes ou com a autorização, apoio ou aquiescência de qualquer destes, ocultando ou negando a privação de liberdade ou deixando de prestar informação sobre a condição, sorte ou paradeiro da pessoa a quem deva ser informado ou tenha o direito de sabê-lo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atua para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos neste artigo, inclusive deixando de prestar informações ou entregar documentos que permitam a localização da vítima ou de seus restos mortais ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§ 2º Para efeitos do presente artigo, considera-se manifestamente ilegal qualquer ordem, decisão ou determinação de praticar o desaparecimento forçado de uma pessoa ou ocultar documentos ou informações que permitam a sua localização ou a de seus restos mortais.

§ 3º Ainda que a privação de liberdade tenha sido realizada de acordo com as hipóteses legais, sua posterior ocultação ou negação da privação da liberdade, ou ausência de informação sobre o paradeiro da pessoa, é suficiente para caracterizar o crime.

Desaparecimento forçado qualificado

§4º Se houver emprego de tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou se do fato resulta aborto ou lesão corporal de natureza grave ou gravíssima:

Pena – reclusão, de 12 (doze) a 24 (vinte e quatro) anos, e multa.

§ 5º Se resulta morte:

Pena – reclusão, de 20 (vinte) a 40 (quarenta) anos, e multa.

§ 6º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até 1/2 (metade):

I – se o desaparecimento durar mais de 30 (trinta) dias;

II – se o agente for funcionário público;

III – se a vítima for criança ou adolescente, idosa, portadora de necessidades especiais, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

Colaboração premiada

§ 7º Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder a redução da pena, de um a dois terços, ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração contribua fortemente para a produção dos seguintes resultados:

I – a localização da vítima com a sua integridade física preservada ou;

II – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa e das circunstâncias do desaparecimento.

§ 8º Os delitos previstos neste artigo são imprescritíveis.

§ 9º A lei brasileira será aplicada nas hipóteses da Parte Geral deste Código, podendo o juiz desconsiderar eventual perdão, extinção da punibilidade ou absolvição efetuadas no estrangeiro, se reconhecer que tiveram por objetivo subtrair o acusado à investigação ou responsabilização por seus atos ou tiverem sido conduzidas de forma dependente e parcial, que se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Consumação do desaparecimento

§ 10. A consumação dos delitos previstos nesse artigo não ocorre enquanto a pessoa não for libertada ou não for esclarecida sua sorte, condição e paradeiro, ainda que ela já tenha falecido.

Conforme justificativa do autor, o desaparecimento forçado, além de ser crime contra a humanidade, cometido em circunstâncias de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, deve também ser tipificado como delito comum, de modo a atender à decisão da Corte Interamericana.

A finalidade deste tópico, já aduzida anteriormente, é verificar a possibilidade de, convertendo-se algum desses textos em lei, serem aplicados a fim de subsidiar investigações, persecuções e sanções criminais.

Inicialmente cumpre analisar se tais disposições não implicariam violação ao princípio da legalidade, previsto no art. 5º, XXXIX, da CF (afirmado também no art. 1º do CP e do CPM), *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Ensina Nélson Hungria que o *nullum crimen, nulla poena sine lege*, além de um critério técnico-jurídico, é um princípio político-liberal, pois representa um instrumento da liberdade individual contra a expansiva autoridade estatal e “somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar seu repúdio [...]” (FRAGOSO; HUNGRIA, 1977, p. 22).

Esse princípio constitucional tem diversas funções, entre elas: (1) impedir que, por arbítrio judicial, se decida quais condutas são criminosas e puníveis; (2) estabelecer a necessidade de lei escrita, não sendo possível a criação de delitos e penas pelo costume; (3) proibir o emprego da analogia e (4) afastar a possibilidade de incriminação vaga e indeterminada de certos fatos. Sua principal finalidade é impedir a retroatividade da lei penal, cuja proibição está expressa, como já visto, no art. 5º, XL, da Constituição.

No que concerne aos crimes previstos nos Projetos de Lei, a relação com os referidos princípios é diferente da relação dos crimes analisados nos itens anteriores. A distinção ocorre em razão do caráter permanente atribuído aos delitos (característica muitas vezes já declarada pela Corte Interamericana).

Diferentemente dos crimes instantâneos, cuja consumação se dá em determinado instante, os crimes permanentes causam uma situação danosa prolongada no tempo. Protrai-se no tempo o momento consumativo. Os exemplos clássicos são o sequestro e o cárcere privado (CP, art. 148), redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149) e extorsão mediante sequestro (CP, art. 159). Fala, ainda, a doutrina, que a principal característica dessa modalidade de crimes é a possibilidade de o agente poder fazer cessar a atividade delituosa, ou seja, o momento consumativo protrai-se, dependendo de sua ação (JESUS, 2008; MIRABETE, 2002).

A permanência tem especial importância em face do princípio da anterioridade da lei penal, pois afirma a doutrina que, protraindo-se a conduta e permanecendo o resultado

antijurídico sob o império da lei nova, deve esta ser aplicada, ressalvados os atos praticados anteriormente à sua vigência.⁶⁶

Assim, se o desaparecimento forçado é crime permanente, abre-se a possibilidade de sua aplicação para os atos praticados durante a Guerrilha do Araguaia, caso se interprete que a conduta antijurídica esteja sendo praticada (após a entrada em vigor de algum dos projetos). Além de não haver a violação do princípio, seria superada, igualmente, a exclusão da punibilidade pela anistia, tendo em vista que o perdão foi concedido para os crimes praticados entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 e a consumação do crime continuou após esse período.

Os projetos de lei apresentados, bem como a emenda substitutiva ao PL 245/2011, ainda não votada na CCJ do Senado, de maneira semelhante declaram que o crime estará em fase de consumação enquanto não se esclarecer o paradeiro da pessoa detida: art. 30, § 3º, do PL 301/2007; § 2º da redação proposta ao art. 149-A, do PL 245/2011 e § 10 da emenda substitutiva a este projeto.

O *caput* de cada artigo das propostas tipifica o delito como a privação de liberdade seguida de sua negativa ou ocultação. Nesses termos, parece não ser possível a punição dos sujeitos ativos do crime, pois a privação de liberdade (elemento objetivo do tipo) não perdura, o que seria a condição para que, sem violação ao princípio da anterioridade da lei penal, os agentes pudessem, por esse dispositivo, ser incriminados.⁶⁷ Ademais, seria de considerar-se a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79, pois as detenções ocorreram no período cujos crimes foram perdoados pela lei.⁶⁸

Não obstante, tanto o PL 245/2011 quanto o substitutivo apresentado preveem (ambos no § 1º da redação proposta para o art. 149-A do CP) que incorre nas mesmas penas aquele que atua para encobrir os atos definidos no *caput*. Esta parece ser a única conduta praticada por agentes estatais do período punível sem desrespeito ao princípio da legalidade e da irretroatividade de lei penal mais gravosa, pois a omissão em prestar informações, de que se tem conhecimento, sobre o paradeiro de vítimas, apesar de não ser considerado delito antes da entrada em vigor da norma, pode passar a sê-lo.

É de se ressaltar que a expressão utilizada no § 1º do sugerido art. 149-A do projeto original pode ser de difícil aplicação, pois não basta a mera omissão em prestar informações sobre o desaparecimento, sendo necessário que o agente *atue* para encobrir os

⁶⁶ Nesse sentido, Fragoso (1991) e Fragoso e Hungria (1977).

⁶⁷ Além da já mencionada dificuldade de incriminação pelo dos agentes pelo PL 301/2007, em razão da necessidade de haver um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil.

⁶⁸ Sobre a anistia como óbice ao cumprimento da sentença da Corte IDH, confira-se o item anterior.

atos. Por outro lado, o § 1º da proposta do art. 149-A, acrescenta que, por atuação, compreende-se inclusive a conduta de deixar de prestar informações ou entregar documentos que permitam a localização da vítima.

De qualquer forma, a punição apenas com fundamento na ocultação dos fatos ou na negativa em prestar informações parece ser insuficiente e até paradoxal. Seria contraditório que o Estado investigasse e punisse aqueles que encobriram os atos de desaparecimento forçado e deixasse impunes aqueles que os praticaram.

4.3. Da competência para o julgamento dos delitos

A questão da competência para julgamento dos crimes cometidos no episódio da Guerrilha do Araguaia, embora não seja o tema central deste trabalho, está com ele relacionado, tendo em vista que a ausência de imparcialidade em eventuais julgamentos tornaria inócua a persecução penal. A Corte IDH determinou que o Estado brasileiro garanta que as causas penais, relacionadas aos fatos por ela apreciados, sejam julgadas pela justiça comum e não no foro militar (CORTE IDH, 2011, §§ 257, 285).

O art. 124 da Constituição dispõe que à Justiça Militar compete processar e julgar os *crimes militares* definidos em lei. O CPM completa o sentido desse comando:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata êste Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

[...]

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; ([Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; [...]

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: [...]

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do [art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica](#). ([Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011](#))

São, portanto, crimes militares, aqueles definidos pelo CPM, quando observados os critérios estabelecidos em seu art. 9º.⁶⁹

Assim, com relação aos crimes analisados nos itens anteriores, ao que parece, seriam de competência da Justiça Comum.

O crime de homicídio doloso, ainda que definido no CPM e em consonância com os requisitos do art. 9º, será de competência da Justiça Comum, nos termos do parágrafo único do referido artigo, quando praticado contra civil.⁷⁰ É de se ressaltar que, apesar de a competência dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civis ter sido retirada da Justiça Militar pela Lei nº 9.299/96, às normas de direito processual aplica-se o princípio do *tempus regit actum*.

Quanto ao crime de destruição e ocultação de cadáver e aos crimes de desaparecimento forçado (dos Projetos de Lei nº 301/2007 e 245/2011 e substitutivo), por não serem crimes previstos no CPM, são considerados comuns, não cabendo sua apreciação pela Justiça Militar (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, II e III).

A única exceção seria em relação ao crime de sequestro ou cárcere privado. Trata-se de crime previsto tanto no CP (art. 148) quanto no CPM (art. 225), nos termos art. 9º, II, *d*, do CPM (crime de igual definição na lei penal comum, mas praticado por militar em serviço) (FEITOSA, 2009).

No entanto, não se pode olvidar que a EC nº 45/2004 inseriu no art. 109 da Constituição o inciso V-A e o § 5º, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

[...]

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

[...]

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Os crimes de sequestro praticados no episódio da Guerrilha do Araguaia parecem subsumir-se perfeitamente à hipótese do dispositivo constitucional. Constitui o desaparecimento forçado, conforme afirmado pela Corte no caso Gomes Lund e em diversos outros precedentes, grave violação de direitos humanos. Cuida-se, no caso, da necessidade de observância de decisão da Corte IDH, nos termos do art. 68 da CADH, o que autorizaria o

⁶⁹ Segundo Denilson Feitosa (2009), esses crimes podem ser classificados em propriamente e impropriamente militares. Os primeiros consistem na violação de um dever funcional de um ocupante de cargo militar, os demais seriam crimes impropriamente militares. Segundo o autor, no que concerne aos crimes propriamente militares (como o motim, a revolta, a deserção), não é necessário observar o disposto no art. 9º, cuja análise é indispensável para os crimes do outro grupo.

⁷⁰ A ressalva feita pela lei (quanto ao art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica), refere-se à invasão do espaço aéreo brasileiro, no qual a aeronave invasora fica sujeita à medida de destruição se, esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, o piloto não efetuar o pouso.

deslocamento da competência para a Justiça Federal, pois há claramente *a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratado internacional de direitos humanos*.

Acrescenta Feitosa (2009) que seria cabível o deslocamento ainda que o inquérito houvesse sido arquivado, ressaltando, entretanto, que o desarquivamento sujeitar-se-ia a condições específicas, como a existência de novas provas.

Há, ainda, outra hipótese interpretativa. A Constituição estabelece que a competência da Justiça Militar será exercida em relação aos crimes definidos como militares pela legislação comum. Seria possível, portanto, considerando a suprallegalidade da CADH, afirmar que não constituem crimes militares aqueles que, apesar de preencherem os requisitos previstos no CPM, constituem graves violações de direitos humanos, por incompatibilidade deste diploma legal com a Convenção.

Em suma, o julgamento dos delitos cometidos por agentes estatais na ocasião em apreço podem, de acordo com o direito pátrio, ser julgados pela Justiça Comum, independentemente de nova legislação.

4.4. Considerações finais

Pode-se afirmar, em síntese, que os principais óbices às investigações e eventuais punições de agentes que praticaram atos que levaram ao desaparecimento forçado das vítimas no episódio da Guerrilha do Araguaia são os princípios da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da anterioridade da lei penal. É de se ressaltar que, valendo-se o Estado da legislação vigente, basta que se afaste o primeiro princípio. O segundo impede apenas a aplicação de eventual lei que tipifique a conduta de desaparecimento forçado.

4.4.1. Desaparecimento forçado e graves violações de direitos humanos

Merecem consideração os direitos dos familiares de conhecerem a história das vítimas do Estado durante o período ditatorial e de terem acesso a recurso judicial efetivo, a fim de que o Estado investigue e puna os responsáveis. A respeito do direito dos familiares, assevera Cançado Trindade (1999, p. 357):

Não há como negar a condição de vítimas também aos familiares do desaparecido que têm o cotidiano de suas vidas transformado em um verdadeiro calvário, no qual as recordações do ente querido se mesclam com o tormento permanente de seu desaparecimento forçado.

Acentua o referido autor que o desaparecimento forçado constitui violação grave de múltiplos direitos humanos, sendo crime de lesa-humanidade, em conformidade com o entendimento da Corte Interamericana. Dentre os direitos violados, encontram-se direitos inderrogáveis, de modo que a proibição dessa prática está no domínio do *jus cogens*.

De acordo com Alessandri (2005), no âmbito do direito interno, os órgãos responsáveis pela administração da justiça são os guardiões do devido respeito e aplicação efetiva dos direitos humanos. Cabe ao Estado criar condições para que haja acesso aos tribunais, sem qualquer interferência para que se investiguem os fatos denunciados e se punam os responsáveis.

A Corte Interamericana, conforme mencionado no primeiro capítulo, desde o Caso Velásquez Rodríguez, tem declarado que não se pode obstaculizar o acesso à justiça aos familiares de desaparecidos forçados e às informações sobre seu paradeiro. Trata-se de impedir a impunidade de violações graves de direitos humanos, que se relaciona com a prevenção de novos crimes da mesma natureza.

O dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações dos direitos humanos encontra-se relacionado com seu dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações. É ademais, dotado de caráter preventivo, combatendo a impunidade para evitar a repetição dos atos violatórios dos direitos humanos. No tocante à dimensão preventiva do combate à impunidade, cabe ter presente a advertência contida no preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998, ao afirmar sua determinação de por um fim a impunidade dos perpetradores dos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional como um todo, e de “assim contribuir à prevenção de tais crimes”. (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 407)

Afirma Alessandri (2005) que a impunidade pode ser normativa ou estrutural. A primeira tem por fonte uma norma jurídica que expressa a renúncia ou extinção por parte do Estado do exercício de seu poder punitivo, como as que concedem anistia ou mesmo as que preveem a prescrição dos delitos.

A impunidade estrutural provém de fatores que afetam o dever de justiça penal, levando o Estado a adotar condutas omissivas, evasivas ou negligentes, no que tange à investigação e à sanção dos responsáveis. Esse tipo de impunidade é causado por fatores exógenos e endógenos. Os primeiros são os que estão fora do âmbito judicial, manifestando-se pela ausência de denúncias de fatos puníveis, por medo de represálias ou falta de confiança no sistema judicial. Os segundos encontram-se no âmbito judicial, como a jurisdição militar, insuficiência de atividade investigativa pelas autoridades competentes e a sobrecarga da justiça penal.

No caso da Guerrilha do Araguaia, podem ser observados tanto a impunidade normativa quanto a estrutural. A incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana já foi mencionada (no Item 2) e as razões pelas quais a anistia (concedida em 1979) impediria, no âmbito do direito interno (desconsiderados os compromissos internacionais do Brasil), a investigação dos delitos foram analisados nos tópicos anteriores do presente capítulo. A prescrição, também já estudada anteriormente, constitui fator normativo de impunidade. Ressalte-se que parte considerável dos prazos prescricionais relativos aos crimes previstos na legislação transcorreu durante o período da ditadura militar, quando dificilmente agentes estatais estariam dispostos a investigar criminalmente atos praticados sob o comando do governo federal. Seria o caso de presumir-se a existência de fatores de impunidade endógenos até 1985, quando se instalou no país o governo civil. Isso não afastaria, por certo, os fatores exógenos que provavelmente estavam presentes mesmo com a transição para a democracia.

A impunidade foi apontada pelo Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Desaparecimentos Forçados ou Involuntários como o fator que mais contribuía para a prática do crime de desaparecimento.

Acrescente-se que o não cumprimento da sentença da Corte IDH pelo Brasil constituirá nova violação ao Direito Internacional (CANÇADO TRINDADE, 2005). Nesse sentido, dispõe o art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que o Estado não pode invocar o direito interno justificar o inadimplemento de um tratado (no caso do art. 68 da CADH).

Dessa maneira, do ponto de vista do Direito Internacional, não se justificaria a omissão do Estado em investigar e, sendo o caso, punir os agentes responsáveis pelas referidas violações de direitos humanos.

4.4.2. Adaptação do Direito interno

Se forem tidos por absolutos os princípios da irretroatividade e da anterioridade da lei penal, o cumprimento da sentença da Corte será inviabilizado. Contudo, tendo em vista os direitos das vítimas e de seus familiares, bem como o dever de rechaçar a impunidade e de prevenir novas violações de mesma natureza, podem ser levados em consideração para que, nesse caso, seja afastado algum dos princípios. É conhecida a técnica de ponderação de princípios, quando da colisão de direitos fundamentais, no âmbito do Supremo Tribunal

Federal.⁷¹ Considerando que os direitos das vítimas e dos familiares estão abarcados no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), é possível a execução da sentença.

A prevalência dos direitos das vítimas e de seus familiares sobre os princípios clássicos do direito penal tem sido o entendimento perfilhado pela jurisprudência da Corte Interamericana. A existência de dispositivo expresso relativo à anterioridade e à irretroatividade no Pacto de San José (art. 9º) não impediu sentenças que ordenaram a investigação e punição de perpetradores de graves violações de direitos humanos, afastando-se qualquer excludente de responsabilidade penal, como anistia, prescrição, irretroatividade das leis etc. em razão da necessidade de proteção de outros direitos e garantias presentes na Convenção (arts. 8º e 25º, especialmente).

Se o Estado brasileiro iniciar as investigações (o que é, aliás, obrigação jurídica, conforme visto nos itens anteriores)⁷², caberá ao Poder Judiciário, ao analisar a compatibilidade da sentença da Corte com a Constituição, realizar um juízo de ponderação acerca dos direitos envolvidos.

O tema merece algumas considerações.

Em primeiro lugar, cumpre investigar os fundamentos dos referidos princípios. A irretroatividade da lei penal deriva do princípio da legalidade, segundo o qual não há crime sem lei que o defina (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). De acordo com Néelson Hungria (1977), este princípio representa a proteção da liberdade individual contra a expansiva autoridade do Estado, e “somente o retorno ao ilimitado autoritarismo do Estado pode explicar seu repúdio nos últimos tempos, como aconteceu na Rússia soviética e na Alemanha de Hitler” (FRAGOSO, HUNGRIA, 1977, p. 22). Aduz, ainda, que o interesse social não autoriza emboscadas à liberdade jurídica do indivíduo, seja o agravamento da pena ou a punição por crime que, quando da prática da conduta, não era tipificado.

Observa-se, portanto, que o fundamento do disposto no art. 5º, XXXIX e XL, da CF, repousa na proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal,⁷³ ou seja, nos princípios liberal e democrático.

É paradoxal o fato de que princípios pensados para a proteção da pessoa contra o arbítrio do Estado sejam utilizados para acobertar a violência de agentes do Estado contra

⁷¹ Nesse sentido, Branco, Coelho e Mendes (2009) e Bulos (2010).

⁷² A obrigação de cumprir sentenças de tribunal internacional de direitos humanos consta do art. 68 da CADH e infere-se do art. 7º do ADCT.

⁷³ Cf. Branco, Coelho e Mendes (2009, p. 588); Bulos (2010, p. 620-622); Toledo (1991, p. 21) e Jesus (2008, p. 62-63).

cidadãos no passado, que subverteram o próprio fundamento de sua atuação: o ser humano existia em função do Estado e não este para aquele.⁷⁴

Assim, é questionável que crimes considerados graves violações de direitos humanos, que vulneram importantíssimos bens jurídicos, cometidos por agentes estatais cujo aparato operacional (em armas, efetivo e inteligência) era em muitas vezes superior ao dos guerrilheiros, não sejam sequer investigados. Os princípios basilares do direito penal previstos na Carta Magna para proteger os cidadãos são utilizados para perpetuar sua vulneração. Crimes cometidos nessas circunstâncias, atos de terrorismo de Estado,⁷⁵ parecem não estar abarcados no princípio da irretroatividade, quando se considera seu fundamento de existência.

No que concerne ao princípio da anterioridade da lei penal, embora, por meio de técnicas interpretativas, possa também ser afastado para a aplicação de novos tipos a fatos anteriormente praticados, essa não parece ser a melhor solução. Apesar de o desaparecimento forçado ser uma conduta reprovável e injustificável, o legislador teria total discricção para determinar as penas aplicáveis a fatos passados, o que pode ser considerado arbítrio. De qualquer modo, Gilmar Mendes traz importante contribuição no que tange ao afastamento dos referidos princípios:

É verdade que alguns sistemas jurídicos admitem a mitigação desse princípio em situações excepcionais.

É interessante, a propósito, lembrar que a Corte Constitucional alemã reconheceu a possibilidade de afastamento do princípio da anterioridade penal no caso dos assassinatos ou lesões corporais perpetrados por agentes policiais da antiga Alemanha Oriental contra pessoas que tentavam ultrapassar o muro (*Mauerschützen*). Invocou-se, nesse caso, possível conflito entre o princípio da anterioridade e a ideia de justiça material, que teria sido vilipendiada gravemente por um ilícito estatal extremo (*extremes staatliches Unrech*). (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 646)

O princípio da irretroatividade foi mitigado pela Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina no caso *Simon* (2005), que levou em consideração a jurisprudência da Corte Interamericana, em especial pelo entendimento perfilhado no caso *Barrios Altos vs. Peru*. Nesse julgamento foram declaradas inconstitucionais as leis de *punto final* (23.492) e *obediência devida* (23.521), aprovadas por um parlamento representativo e democrático, que afastavam a responsabilização penal de agentes perpetradores de graves violações de direitos humanos (YACOBUCCI, 2011).

⁷⁴ “Mais além do Estado e do mercado, há que buscar a proeminência dos valores superiores, capazes de bem orientar a ação e atender às aspirações humanas. O Estado existe para os seres humanos que o compõem, e não vice-versa.” (CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 279.)

⁷⁵ Tratando da ditadura argentina, Alejandra Pascual tece comentários que são aproveitáveis para o entendimento da ditadura no Brasil: “Configurou-se um caso de Estado com poderes absolutos, cuja própria dinâmica e doutrina impossibilitavam sua sujeição a normas, possuindo poderes ilimitados para o exercício da violência contra indivíduos e grupos. Consideramos, pois, que a melhor qualificação para o regime daquela época é a de *terrorismo de Estado*.” (PASCUAL, 2004, p. 32 – grifo nosso)

O cumprimento do núcleo da sentença da Corte IDH dependerá da observância, pelo Estado brasileiro, do art. 2º da Convenção, que dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Sendo os principais obstáculos à observância da decisão cláusulas pétreas constitucionais, a adoção de medidas legislativas para garantir as investigações e punições pode ser inócua se o mesmo entendimento não for incorporado no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Portanto, a obrigação de adoção de providências no presente caso dirige-se especialmente ao Poder Judiciário que por meio de medidas judiciais (*de outra natureza*), interpretando a Constituição, garanta a efetividade dos direitos garantidos pelo Pacto de San José.

A maior dificuldade consiste em revisitar os fundamentos do direito penal tradicional, à luz das necessidades impostas pelo respeito e garantia dos direitos humanos. Verificada a possibilidade jurídica de cumprimento da sentença da Corte, é pertinente a lição de Cançado Trindade (2007, p. 292), *in verbis*:

[...] Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, - que na verdade não existem, - mas antes na falta de vontade do poder público de promover e assegurar a proteção dos mais fracos e vulneráveis. Tampouco há como impor ou forçar esta vontade; só se forma ela pela conscientização e só se manifesta com vigor no seio das sociedades mais integradas e imbuídas de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o direito.

Considerando a recente decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da validade da lei de anistia face à Constituição, parece pouco provável que esse entendimento seja reformado. Na ocasião, a maioria dos votantes pronunciou-se pela impossibilidade de revisão da lei de anistia: os Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que, por tratar-se de crime de natureza política, não seria possível a revisão judicial; por outro lado, os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes entenderam que nem mesmo o Congresso Nacional poderia reformar a lei (BRASIL, 2010).

De acordo com notícia veiculada no sítio www.g1.globo.com (SANTOS, 2011), o Presidente do Tribunal, Min. Cezar Peluso, teria afirmado que a decisão da Corte Interamericana não cassa a decisão sobre a Lei de Anistia e que, impetrado um *habeas corpus* por algum investigado, seria imediatamente concedida a ordem. A mesma notícia informa que o Ministro Marco Aurélio asseverou que a eficácia da decisão seria apenas política e não

jurídica. Com relação ao Ministro Gilmar Mendes, já se mencionou que, conforme seu entendimento, a EC nº 26/85 integraria a própria ordem constitucional, o que permite inferir que não alteraria de forma tão radical sua interpretação das normas fundamentais.

Certamente, a análise de pronunciamentos e do entendimento de alguns Ministros de forma alguma pode ser generalizada, contudo parece indicar que eventual mudança jurisprudencial é, no mínimo, de difícil ocorrência, até porque no julgamento da ADPF 153/DF foram vencidos apenas os Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Brito.

Apenas a título de curiosidade, os Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux não participaram do referido julgamento, o primeiro por estar licenciado (BRASIL, 2010) e o segundo por haver ingressado na Corte após a aposentadoria do Ministro Eros Grau, relator da ADPF. Além disso, aposentou-se a Ministra Ellen Gracie, que também votara pela validade da anistia, tendo sido indicada para ocupar seu lugar a Ministra Rosa Maria, do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, seria possível um empate, caso os que não se pronunciaram seguissem a divergência.

Para além da investigação do posicionamento dos integrantes do STF, a maior dificuldade para uma decisão inovadora seria a ausência de considerações acerca do afastamento dos princípios clássicos pelos doutrinadores de direito penal. Estão tão arraigados na cultura jurídica, que os fundamentos justificantes de sua existência foram somente encontrados em obras do início dos anos 1990 e anteriores, geralmente para criticar os sistemas da Alemanha nazista e da União Soviética (FRAGOSO, HUNGRIA, 1977).

Ademais, conforme consignado anteriormente, há autores, como Pierangeli e Zaffaroni (2009), que, dedicando-se à análise da relação entre direito internacional dos direitos humanos e direito penal, posicionam-se expressamente contra a existência de crimes imprescritíveis.

Assim, parece haver entre os juristas, exceto doutrinadores do direito internacional dos direitos humanos⁷⁶, consenso acerca da impossibilidade de mitigação dos princípios, ainda que em face da garantia de direitos humanos, gravemente violados pelo Estado.

⁷⁶ Manifestaram-se favoravelmente ao cumprimento da sentença da Corte importantes doutrinadores, na obra *Crimes contra a Ditadura Militar* (GOMES, MAZZUOLI (Org.), 2011).

5. CONCLUSÃO

A análise do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que o cumprimento da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil é possível, sem que haja afronta ao texto constitucional.

Conforme consignado neste trabalho, as investigações e persecuções penais ao crime de desaparecimento forçado podem dar-se de duas maneiras: (1) com fundamento na legislação em vigor e (2) com fundamento em crime a ser tipificado.

A primeira opção deve ser implementada pelo Estado, tendo em vista sua obrigação (perante o direito internacional e interno) de cumprir as decisões da Corte Interamericana (decorrentes do art. 7º do ADCT e do art. 68 da CADH). Assim, os agentes policiais, o Ministério Público têm o dever de iniciar as investigações relativas aos fatos. O grande inconveniente desta solução seria contornar a prescrição e a anistia, escusas absolutórias previstas na legislação, cuja desconsideração implicaria violação do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (CF, art. 5º, XL).

No entanto, conforme verificado, a aplicação da prescrição seria a consagração da impunidade, tendo em vista não haver condições de imparcialidade nas investigações no período ditatorial, durante o qual transcorreu grande parte dos prazos prescricionais.

Ademais, a aplicação do princípio da irretroatividade ao caso, impedindo o cumprimento da sentença, implicaria uma contradição: o princípio pensado para proteger os indivíduos contra os abusos do soberano seria utilizado como base argumentativa para deixar impunes aqueles que, valendo-se do aparato estatal, desrespeitaram gravemente direitos humanos há muito consagrados tanto no plano internacional quanto no próprio ordenamento ao qual deviam obediência.

A segunda forma de se implementar a decisão do Tribunal internacional seria que, a partir de um crime a ser tipificado, a saber, o de desaparecimento forçado, o Estado investigasse os responsáveis pelas violações e os punisse com fundamento no novo tipo. Contudo, essa solução não parece ser a mais conveniente, uma vez que se dariam ao legislador poderes de juiz para decidir sobre delito já cometido e sem a possibilidade de conhecimento prévio dos sujeitos ativos a respeito da especial gravidade de sua conduta à época. Além disso, havendo previsão das condutas na legislação penal do período em que se cometeram os delitos, é desnecessário aplicar-se lei nova, em manifesto desrespeito ao princípio da anterioridade da lei penal. Contudo, ao que parece, a Corte IDH sugere que o Estado assim o faça, conforme visto no Item 4.

De qualquer forma, o Supremo Tribunal Federal vale-se da técnica de ponderação de direitos fundamentais, quando estes colidem entre si. Parece, então, possível, observando-se o direito das vítimas e de seus familiares de acesso à proteção e às garantias judiciais, bem como a situação de impunidade estrutural que impediu a punição dos delitos, mitigarem-se os referidos princípios clássicos do direito penal.

Essa solução seria aplicada com bastante propriedade à primeira alternativa para o cumprimento da decisão, uma vez que a negativa de investigação e punição com fundamento na irretroatividade da *lex gravior* subverte seu próprio fundamento de existência, consoante argumentado anteriormente. Aliás, parece útil, nesse ponto, a menção ao brocardo latino *summum ius, summa iniuria*, ou seja, supremo direito, suprema injustiça.

[...] [O] excesso de juridicidade é contraproducente; afasta-se o objetivo superior das leis; desvia os pretórios dos fins elevados para que foram instituídos; faça-se justiça, porém do modo mais humano, de sorte que o mundo progrida, e jamais pereça. (MAXIMILIANO, Carlos *apud* XAVIER, 1997, p. 269)

No entanto, deve-se reconhecer a dificuldade de mitigação de algum dos referidos princípios, tendo em vista que essa interpretação da Constituição poderia ter sido dada pelo STF no julgamento da ADPF 153/DF, o que não ocorreu. Apesar de as obrigações internacionais do Estado estenderem-se inclusive ao Poder Judiciário, não parece ter havido mudança de posicionamento dos integrantes do Tribunal brasileiro a respeito do tema. Conforme já mencionado neste trabalho, os Ministros Cezar Peluso (atual Presidente da Corte) e Marco Aurélio declararam que a sentença internacional não afasta a obrigatoriedade da Lei de Anistia (SANTOS, 2011).

É possível, contudo, que diante de uma condenação por Corte internacional de direitos humanos, haja mudança de entendimento. De qualquer modo, existe, no direito pátrio, possibilidade de investigação dos delitos em questão.

Verifica-se, pois a importância do papel desempenhado pela Corte IDH na efetivação e afirmação dos direitos humanos. Conforme assinalado no Item 2.2.2, a punição pelo desaparecimento forçado de pessoas seria impensável, se considerada somente o direito interno de cada país, pois não haveria, por parte dos governos, sequer investigação de casos analisados pela jurisdição internacional.

No Brasil, a questão estaria encerrada com o julgamento da ADPF 153/DF, não sendo desarrazoado questionar se a arguição não fora ajuizada também em razão da tramitação de processo perante a Corte Interamericana. Esta, por meio do exercício de sua jurisdição, permitiu ampliar o horizonte do direito positivo interno dos países, focando além

dos óbices jurídicos, como a anistia, os direitos violados pela não persecução penal e punição de agentes responsáveis por desaparecimentos, o que provavelmente não seria feito pelos Estados condenados.

Resta, portanto, aguardar o posicionamento das autoridades brasileiras a respeito do assunto, sabendo ser possível, sem violação do direito interno, qualquer das soluções apresentadas (até mesmo o descumprimento, caso aplicados os princípios da irretroatividade e da anterioridade, em detrimento dos direitos dos familiares). Acrescente-se que o descumprimento de decisões da Corte pode gerar sanções por parte da OEA (PIOVESAN, 2007).

Não se pode deixar de registrar, por fim, a contradição decorrente do fato de o Estado que inicialmente propôs a criação de uma corte de direitos humanos (na IX Conferência Internacional Americana, em 1948) recusar-se a cumprir suas decisões, enquanto outros Estados seguem a jurisprudência da Corte em relação ao mesmo tema, como a Argentina e o Chile.

6. REFERÊNCIAS

- ALESSANDRI, Pablo Saavedra. **La respuesta de La Corte Interamericana a las diversas formas de impunidad en casos de graves violaciones de derechos humanos y sus consecuencias**. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
- AMARAL JÚNIOR, Aberto do. **Curso de Direito Internacional Público**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARBOSA, Karina Mascarenhas. A Organização dos Estados Americanos. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Debate da Soberania Nacional e seus Reflexos para o Estado Brasileiro. (Dissertação de Mestrado). Orientador: Prof. Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade. Brasília, 2005.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.
- BRÍGIDO, Carolina; SOUZA, André. CCJ do Senado aprova indicação de Rosa Maria Weber para o STF. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/ccj-do-senado-aprova-indicacao-de-rosa-maria-weber-para-stf-3389785>>. Acesso em 6 dez. 2011.
- BULOS, Uaidi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. Vol. III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- _____. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI**. In: Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty: Desafios do direito internacional contemporâneo. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007
- CANÇADO TRINDADE, Otávio Augusto Drumond. **Os efeitos das decisões dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos no Direito Interno dos Estados**. In: LEÃO, Zerbini Ribieiro (Coord.). Os rumos do direito internacional dos direitos humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- CARVALHO, André Ramos. **Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e estudo da implementação dessas decisões no Direito brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 2001, Capítulo VII, p. 493-515.
- CARVALHO FILHO, Aloysio. **Comentários ao Código Penal – Vol. IV, arts. 102 a 120**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- CORRÊA, Carlos Hugo Studart. **O Imaginário dos Militares na Guerrilha do Araguaia (1972-1974)**. 2005. 218 f. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade de Brasília.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudios y documentos. 2. ed. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999.

_____. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2011. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/informes.cfm>>. Acesso em 28 out. 2011.

COUTO, Estevão Ferreira. **A Relação entre o Interno e o Internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. **História**. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/institucional/historia/historia-cont>>. Acesso em 20 nov. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal: Volume I, Tomo I, Arts. 1º a 10**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 6. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Conflito entre Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

_____. **A Reforma do Judiciário como Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos: um Estudo sobre o Novo § 3º do Artigo 5º da Constituição Federal**. In: Cena Internacional – Revista de Análise em Política Internacional. Ano 7, n. 1, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMEZ, José Maria. Globalização dos direitos humanos, legado das ditaduras militares no Cones Sul latino-americano e justiça transacional. In: *Direito, Estado e Sociedade*. N. 33, jul/dez, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2003.

GROSSMAN, Claudio. **The Inter-American System of Human Rights: Challenges for the Future**. In: Indiana Law Journal, vol. 83, 2008. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1371692>. Acesso em 12 out. 2011.

HARRIS, David; STEPHEN, Livingstone. **The Inter-American System of Human Rights**. Clarendon Press: Oxford, 1998.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **Desaparecimento Forçado de Pessoas: aproximações e dissonâncias sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a prática brasileira**. 1997. 262 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília.

_____. **O caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas**. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

JESUS, Damásio E.de. **Curso de Direito Penal: vol. I – Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – volume I**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LUTZ, Ellen. **Responses to Amnesties by the Inter-American System for the Protection of Human Rights**. In: HARRIS, David; STEPHEN, Livingstone. *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press: Oxford, 1998.

MATOS, João Carvalho de. **Prática e Teoria do Direito Penal e Processual Penal**. 7. ed. Leme: Mundo Jurídico, 2007.

MARQUES, Ivan Luís. **O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil**. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, v. I. 15ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal, vol. I – Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Petição inicial da ADPF nº 153/DF. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf>. Acesso em 6 nov. 2011.

PASCUAL, Alejandra Leonor. **Terrorismo de Estado: a Argentina de 1976 a 1983**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120**. 5. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro – volume 1**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Débora. **Sentença da OEA não obriga revisão sobre anistia, diz presidente do STF**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2010/12/sentenca-da-oea-nao-obriga-revisao-sobre-anistia-diz-presidente-do-stf.html>>. Acesso em 03 dez. 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição federal de 1988**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

UNAM. **Caso Goiburú y otros. Paraguay**. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/6/2608/16.pdf>>, Acesso em 16 dez. 2011.

XAVIER, Ronaldo Caldeira. **Latim no Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 269.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

YACOBUCCI, Guillermo J. **El juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos em Argentina**. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (org.). **Crimes da Ditadura Militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Legislação

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911Compilado.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos no § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.258, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm>. Acesso em 1º dez. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Acórdãos citados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Lei n. 6.683/79, a chamada “Lei de Anistia”. Artigo 5º, *caput*, III e XXXIII da Constituição do Brasil; Princípio

Democrático e Princípio Republicano: não violação. Circunstâncias históricas. Dignidade da Pessoa Humana e tirania dos valores. Interpretação do Direito e distinção entre texto normativo e norma jurídica. Crimes conexos definidos pela Lei n. 6.683/79. Caráter bilateral da Anistia, ampla e geral. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em 29 abr. 2010. Diário da Justiça de 5 ago. 2010.

_____. *Habeas Corpus* nº 72.131/RJ. "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. Paciente: Lairton Almagro Vitoriano da Cunha. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator para o acórdão: Min. Moreira Alves. Julgamento em 23 nov. 1995. Diário da Justiça de 1º ago. 2003.

_____. *Habeas Corpus* nº 87.585/TO. Depositário infiel – prisão. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Paciente: Alberto de Ribamar Ramos Costa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 3 nov. 2008. Diário da Justiça Eletrônico de 26 jun. 2009.

_____. *Habeas Corpus* nº 92.566/SP. Prisão civil – Penhor rural – Cédula rural pignoratícia – Bens – Garantia – Impropriedade. Ante o ordenamento jurídico pátrio, a prisão civil somente subsiste no caso de descumprimento inescusável de obrigação alimentícia, e não no de depositário considerada a cédula rural pignoratícia. Paciente: José Arlindo Passos Correa. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 3 dez. 2008. Diário da Justiça Eletrônico de 5 jun. 2009.

_____. Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 29 mar. 2000. Diário da Justiça de 22 nov. 2002.

_____. Recurso Extraordinário nº 80.004/SE. Embora a Convenção de Genebra que previu uma Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias tenha aplicabilidade no Direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em repartição fazendária, sob pena de nulidade do título. Recorrente: Belmiro da Silveira Goes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Julgamento em 1º jun. 1977. Diário da Justiça de 29 dez. 1977. Diário da Justiça Eletrônico de 4 jun. 2009.

_____. Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP. PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII, e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 3 dez. 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 74. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 8. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Caso Gomes Lund y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 6 nov. 2011.

_____. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1998. Serie C No. 4.
Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>> . Acesso em 6 nov. 2011.