



## OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE IMPRESCRITÍVEIS DA DITADURA MILITAR

Thiago Oliveira Moreira\*

Juliana Santos de Carvalho\*\*

### RESUMO:

Neste trabalho, objetiva-se discutir a construção e a aplicação do conceito de ‘crimes contra a humanidade’ tanto na realidade universal quanto na realidade presenciada pelo Brasil em sua ditadura militar. Para tanto, explora-se as visões internacional e brasileira destes delitos, como também explana-se as razões da imprescritibilidade histórica destes. Por último, analisa-se a validade da Lei da Anistia brasileira frente à Constituição e às normas, jurisprudência, acordos e costumes internacionais. A coerência da sentença da ADPF 153 com estas supracitadas fontes também foi estudada. Foi usado como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica em meio impresso e eletrônico. Conclui-se que, de acordo com a Constituição, com os tratados ratificados pelo Brasil, com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e com os costumes internacionais, os crimes de repressão cometidos por agentes estatais durante o período ditatorial brasileiro são de lesa-humanidade, não cabendo nestes casos nem anistia nem prescrição.

**Palavras-chave:** Crimes contra a humanidade; Imprescritibilidade; Ditadura militar; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Caso Gomes Lund.

### 1 INTRODUÇÃO

De acordo com a lista apresentada no livro-relatório “*Direito à Memória e à Verdade*”<sup>1</sup>, realizado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, só durante o período da ditadura militar ocorreram mais de 370 casos de assassinatos, torturas,

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela UFRN. Professor assistente do curso de Direito da UFRN. Pesquisador nas áreas de na área de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional

\*\* Graduanda no curso de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

1

Disponível

em:

<[http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro\\_direito\\_memoria\\_verdade/livro\\_direito\\_memoria\\_verdade\\_sem\\_a\\_marca.pdf](http://portal.mj.gov.br/sedh/biblioteca/livro_direito_memoria_verdade/livro_direito_memoria_verdade_sem_a_marca.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2013.

desaparecimentos forçados e muitos outros atos violatórios aos direitos humanos cometidos por agentes estatais brasileiros contra opositores políticos. Dentre as vítimas destes crimes, de acordo com o “*Dossiê dos Mortos e Desaparecidos Políticos a partir de 1964*”<sup>2</sup>, cerca de 140 ainda encontram-se desaparecidas. Estes números, entretanto, não são fixos. Revisões feitas pelo Ministério dos Direitos Humanos apontam para uma estatística bem maior, de quase 600 fatalidades decorrentes da repressão política promovida pelo regime<sup>3</sup>.

Todos estes crimes descritos passaram por um processo gradativo e elaborado de tipificação em âmbito internacional. Órgãos das Nações Unidas, Tribunais Criminais Internacionais e também a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm tratado incessantemente de casos semelhantes ao brasileiro, construindo uma doutrina e uma jurisprudência sofisticadamente preocupada com o combate a estes delitos, denominados universalmente como ‘crimes contra a humanidade’, ‘crimes de lesa-humanidade’, ou até mesmo ‘crimes sob o Direito Internacional’. E é justamente neste ponto que reside o problema que trataremos neste artigo: por qual motivo têm estas instituições e órgãos jurisdicionais trabalhado tão persistentemente para investigar, evitar e sancionar estes tipos de crimes e quais foram as medidas adotadas para garantir que haja o combate à prática destes atos e à impunidade dos seus responsáveis?

Para responder tais interrogações, é preciso, em primeiro lugar, abordar as visões internacional e nacional acerca dos crimes de lesa-humanidade; em segundo, explicar os fundamentos que atribuem a estes delitos a condição de imprescritíveis e, em último, tratar dos casos de leis de anistia que impedem à devida persecução criminal dos responsáveis por crimes contra a humanidade. Sobre este último assunto, voltaremos uma atenção especial ao caso brasileiro, a Lei nº 6.683, buscando analisar tanto a decisão do STF pela improcedência da ADPF 153 quanto a sentença do Caso Gomes Lund, ambas pertinentes à análise da validade ou não da mencionada lei.

Por último, os estudos indicaram que, por se tratar de crimes de lesa-humanidade, os atos praticados contra opositores pelos agentes do regime ditatorial no Brasil são

---

<sup>2</sup> Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/dados/dossiers/dh/br/dossie64/br/dossmdp.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

<sup>3</sup> Para maiores informações, ver: <[http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2012/05/16/interna\\_brasil,302564/governo-reve-numero-de-vitimas-da-ditadura-e-lista-contem-457-nomes.shtml](http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2012/05/16/interna_brasil,302564/governo-reve-numero-de-vitimas-da-ditadura-e-lista-contem-457-nomes.shtml)>. Como também: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/lista-oficial-de-mortos-pela-ditadura-pode-ser-quase-triplicada,7730dc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 01 ago. 2013

indubitavelmente imprescritíveis. Portanto, levando em consideração, de forma coadunada, os princípios regentes das relações internacionais adotadas pela nossa Carta Magna, juntamente com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o costume internacional de luta contra estes delitos e a jurisprudência da CIDH, a Lei da Anistia mostra-se inválida em ambas perspectivas: constitucional e convencional.

## **2 OS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE NAS VISÕES INTERNACIONAL E BRASILEIRA**

Quando falamos em crimes contra a humanidade, talvez um dos primeiros pensamentos que podem nos ocorrer é a ideia de guerra, de catástrofe mundial. E isto se dá, porque, desde o estágio embrionário da elaboração do conceito, ele se encontra intimamente ligado com a situação de conflito armado, fazendo com que, durante um período considerável de tempo, estes tipos de delito fossem considerados de forma *anexa e inseparável* aos crimes de guerra (DISSENHA, 2013, p.2). Será então dentro de um contexto beligerante (discussão acerca do *status* de civis que pegaram em armas contra uma força de ocupação), na Convenção de Haia II - *Convention with respect to the Laws and Customs of War on Land* –, que foi redigida a chamada “Martens Clause”, gênese da construção do que posteriormente seria o princípio norteador dos crimes de lesa-humanidade. É como segue:

Até que um código de leis de guerra mais completo seja oficialmente publicado, as Altas Partes Contratantes consideram correto declarar que em casos não incluídos nas Regulações adotadas por elas, *populações e beligerantes permanecem sob a proteção e autoridade dos princípios do direito internacional*, já que resultam eles dos costumes estabelecidos entre nações civilizadas, das leis da humanidade e dos requisitos da consciência pública. (grifo nosso)<sup>4</sup>

Depois deste episódio atrelado ao aumento do atrito entre as nações europeias e a consequente eclosão da Primeira Guerra Mundial, a construção do conceito destes crimes de ordem internacional vai ganhando cada vez mais espaço e, conseqüentemente, um nome. É em 1915, na Declaração Conjunta dos governos da França, Grã Bretanha e Rússia<sup>5</sup> que, declarando o massacre de armênios pelas populações curdas e turcas da Armênia (com o

---

<sup>4</sup> No original: “Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience”. Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. Haia: 1899. Disponível em: <<http://www.icrc.org/ihl.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/81ef87b37f70d8fac125641e003513a1?OpenDocument>>. Acesso em 01 ago. 2013. Tradução nossa.

<sup>5</sup> Tradução nossa. No original: *France, Great Britain and Russia Joint Declaration May 24, 1915.*

apoio das autoridades otomanas), utiliza-se o termo “crimes contra humanidade e civilização”, iniciando, portanto, uma notável delimitação do termo. Finalmente, será nos Julgamentos de Nuremberg e de Tóquio que ocorrerá a decisiva definição dos crimes contra a humanidade: na Carta de Londres do Tribunal Militar Internacional, matriz-diretora dos processos, encontramos o *reconhecimento técnico e a codificação* do conceito de crimes de lesa-humanidade. É importante repetir que houve *reconhecimento técnico* do conceito de crimes que violam os direitos humanos, e não uma *declaração* do que seriam estes. Isso se dá porque, conforme comprovado pelo histórico, a expressão concernente a estes crimes de grau maior no Direito Internacional já era previamente sabida e utilizada, mesmo que de forma não-oficial. Destarte, haverá assim a *sistematização* do termo que, por sua vez, já era amplamente conhecido:

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: a saber, homicídio, exterminação, escravização, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante guerras; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução de ou em conexão com quaisquer crimes dentro da jurisdição do Tribunal, violando ou não a lei doméstica do país no qual foram perpetrados.<sup>6</sup>

Contudo, não foi aí onde parou a evolução do conceito. A supracitada Carta não teve sua função extinta nos julgamentos de Nuremberg: ela foi também aplicada nos processos dos crimes perpetrados contra a população civil em Ruanda e ex-Yugoslávia, como também serviu de base tanto para a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, quanto para a criação do Estatuto de Roma (e a consequente instituição da Corte Penal Internacional, que ficou com a competência de julgar os crimes “mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto”<sup>7</sup>). É neste Estatuto que encontramos uma das descrições mais conhecidas e utilizadas de crimes sob o Direito Internacional:

a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado

<sup>6</sup>Nuremberg Trial Proceedings Vol. 1, Charter of the International Military Tribunal, art. 6º, *c*. Disponível em: <<http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp#art6>>. Acesso em: 28 mai. 2013. Tradução nossa.

<sup>7</sup> ESTATUTO de Roma, 17 de julho de 1998, art. 5.1. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2013.

de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.<sup>8</sup>

Saindo agora da esfera internacional e voltando-nos à visão brasileira, temos no ordenamento jurídico interno os ‘crimes constitucionalizados’ como aqueles que mais se assemelham aos delitos graves da lei internacional. Assim, deparamo-nos com a tipificação de tais delitos no art. 5º, incisos XLII a XLIV, que consistem, respectivamente, na *prática do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, dos ditos crimes hediondos e da ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*.

Todavia, não se pode parar por aqui. Ao fazermos a leitura conjunta deste dispositivo com outros também presentes na Carta Magna, podemos ver que esta lista se estende um pouco mais: conforme o texto constitucional originário, em seu art. 4º, II, lemos que o Brasil deve-se reger nas suas relações internacionais pelo princípio de prevalência dos direitos humanos; aliado a este, no art. 5º, § 2º podemos ler que “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”. Já em matéria de constituinte derivado, temos a submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, no § 4º do referido artigo, como também a elevação à categoria de emenda constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (que forem aprovados através do rito descrito pelo § 3º do mesmo artigo<sup>9</sup>).

Desta forma, se construirmos uma teia lógica tendo como pressupostos o reconhecimento pelo Brasil da vinculatividade dos tratados internacionais os quais ratifica e a submissão deste à competência do TPI, é claro que os crimes de lesa-humanidade reconhecidos *constitucionalmente* pelo legislador da Carta Política (seja originário, seja derivado), estão bastante além daqueles explicitamente tipificados no art. 5º. Há de se considerar, portanto, que os crimes contra a humanidade na visão nacional (conforme o que se

---

<sup>8</sup> Ibid., art. 7. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 02 jun. 2013

<sup>9</sup> Para maiores explicações acerca do status normativo dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, ver: MARTINS, Leonardo; MOREIRA, Thiago Oliveira. Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideu, ano XVII, p. 463-483.

é elencado no Estatuto de Roma, entre outros tratados sancionados pelo Brasil), não são apenas aqueles tipificados na Carta Política, mas sim *todos aqueles que violarem de forma mais grave os direitos humanos*.

Outrossim, além da Constituição Federal, temos o Projeto de Lei 301/07 (ainda aguardando deliberação no Plenário) que, por sua vez, busca tipificar os crimes contra os direitos humanos no Brasil e instituir normas que possam agir de forma coadunada judicialmente com o TPI, entre outras providências.

Após todas estas definições, é possível, em síntese, enxergar nuances que se repetem. Uma delas é a questão de se atacar toda a humanidade, de se transcender do âmbito individual para o coletivo por conta da extrapolação cruel e demasiada dos limites toleráveis à violação da vida, da liberdade e da dignidade humanas. Estes atos são, portanto, os crimes que têm toda a humanidade como vítima<sup>10</sup>. Neste sentido, será na sentença do *Caso Akayesu* (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)<sup>11</sup> onde encontraremos uma passagem pertinente na qual será decomposto, mesmo que de forma exemplificativa, o crime contra a humanidade em quatro elementos notavelmente presentes nas concepções construídas ao longo do tempo:

- i) O ato deve ser desumano em natureza e caráter, causando grande sofrimento, ou sérios danos para a saúde mental ou corporal; (ii) O ato deve ser praticado como um fragmento de um ataque generalizado ou sistemático; (iii) O ato deve ser praticado contra membros da população civil; (iv) O ato deve ser praticado em uma ou mais formas de discriminação, nomeadamente nos campos nacional, *político*, étnico, racial ou religioso.<sup>12</sup>

Quando olhamos para todos estes elementos, todas estas definições e construções ao longo da história da legislação interna e externa, podemos ver de forma clara que, além dos exemplos clássicos de crimes contra a humanidade (holocausto judeu, guerra civil em Ruanda, ex-Yugoslávia), podem também ser subsumidos perfeitamente outros atos violatórios de direitos humanos, só que desta vez tratando-se de terras brasileiras. Ao lermos ‘atos desumanos’, é difícil não se lembrar de todas as vozes que foram caladas, torturadas, mortas, ocultadas e desaparecidas de forma deliberada e cruel durante todo o regime militar, deixando

---

<sup>10</sup> Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia, *Prosecutor v. Erdemovic*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment, November 29, 1996, § 28. Citado por Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, *Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, § 105. Tradução nossa.

<sup>11</sup> No mesmo sentido, Tribunal Especial para Serra Leoa: SCSL, *The Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgment, 20 June 2007, § 214-223: *a) There must be an attack; b) The attack must be widespread or systematic; c) The attack must be directed against any civilian population; d) The acts of the perpetrator must be part of the attack; e) The perpetrator must have knowledge that his acts constitute part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population;*

<sup>12</sup> ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, § 578, tradução e grifo nossos.

tantas famílias órfãs não só pela perda dos seus parentes de forma odiosa, mas também órfãs de informação, privadas do direito à memória, à verdade. Ao depararmos com ‘ataque sistemático’ e ‘amplo’, é tolo ignorar todo o aparato repressivo da ditadura militar, com seus órgãos inúmeros e seus “porões obscuros”, como o DOI-CODI, o CISA, o SNI, o DOPS, nos quais quantos opositores políticos adentravam para “simples interrogatórios” que resultavam em supostos suicídios, mortes durante fugas ou ataques súbitos de doenças, tudo isto sob a égide do Estado brasileiro.

Ademais, quando vemos que o ato ‘deve ser cometido contra a população civil’, não deixa de saltar aos olhos os casos de quantos poetas, artistas, professores, psicólogos, advogados, médicos, camponeses, enfim, de quantos homens e mulheres que ousaram descontentar-se, ousaram insurgir-se contra as visíveis violações de seus direitos mínimos, e acabaram por ter suas vidas ceifadas de forma brutal ou suas dignidades esfaqueadas em um pau-de-arara. Ainda, quando compreendemos que os motivos para a repressão devem ser ‘discriminatórios’ em relação à posição ‘política’, ‘religiosa’, ‘racial’, entre outras, não deixa de nos vir à mente aquele velho lema ditatorial de “proteger o Brasil contra a instalação de uma ditadura comunista”, que buscou legitimar as desumanidades cometidas contra mais de 350 pessoas<sup>13</sup>, de 1964 a 1985. Por último, quando vemos um encaixe dos delitos dos agentes estatais com o art. 5º, XLIV da nossa Carta Política, por serem eles violatórios de elementos-chave do Estado Democrático de Direito, quais sejam os direitos fundamentais, individuais e coletivos (CANOTILHO, 1999), não podemos concluir de forma contrária: os crimes cometidos pelos agentes estatais na ditadura militar brasileira são *indubitavelmente* de lesa-humanidade.

Desta forma, conforme o assinalado pela resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral da ONU, é devido à natureza bárbara e destruidora destes delitos que eles não podem ser tratados ou evitados da mesma forma que crimes comuns. É necessário que sejam atribuídos a estes atos violatórios diversas condições para que sejam assegurados os direitos humanos, as liberdades fundamentais, a cooperação entre os povos e a promoção da paz e segurança internacionais. Com isto em mente, a não-aplicação de limitações temporais no que concerne à investigação e ao devido julgamento destas violações vem como um elemento-chave para evitar a recorrência destes delitos.

---

<sup>13</sup> 353 é o número de vítimas reconhecidas *oficialmente* pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, conforme o livro-relatório “*Direito à memória e à Verdade*”, p. 41.

### 3 A NATUREZA DO INSTITUTO DE PRESCRIÇÃO

Antes que possamos entender o pólo negativo, isto é, a natureza da *imprescritibilidade* em si, devemos volver primeiramente nossa atenção para o pólo positivo, ou seja, para o instituto da *prescritibilidade*, analisando, por sua vez, sua natureza e seus fundamentos.

Diferentes definições temos para ‘prescrição’, dependendo da matéria jurídica que tratamos. No que concerne ao ilícito de ordem penal, a prescrição é entendida como sendo a “perda do *direito*<sup>14</sup> de punir do Estado pelo decurso do tempo” e, para fundamentá-la, temos cinco principais teorias enumeradas por Guilherme de Souza Nucci<sup>15</sup>: *teoria do esquecimento* (funda-se na ideia de que, depois do decurso de certo período de tempo, variável conforme a gravidade do crime, a sociedade esquece-se do delito, esvaindo-se assim o temor da sua prática, sendo sem razão a punição dos responsáveis), *teoria da expiação moral* (refere-se ao fato de que, com o passar do tempo, o responsável, temendo ser descoberto, processado e punido, aflige-se de maneira tão constante e continuada que a aplicação da pena torna-se desnecessária), *teoria da emenda do delinquent* (defende que o decurso do tempo trará uma mudança de comportamento no responsável, depreendendo-se que este regenerou-se e, mais uma vez, tornando desnecessária a punição), *teoria da dispersão das provas* (advoga que, com o passar do tempo, torna-se cada vez mais difícil, quiçá impossível a realização de um julgamento correto pela perda de provas) e *teoria psicológica* (baseia-se no fato de que, com o decurso do tempo, o agente muda seu modo de pensar e de ser, não sendo mais razoável a aplicação de pena).

E é justamente no ponto assinalado acima que se encontra um dos quesitos fundamentais para se atribuir a *imprescritibilidade* a certos delitos. Seguindo o raciocínio majoritário do costume internacional, da doutrina brasileira e universal e da jurisprudência interamericana, para que a prescrição *não* corra para um determinado crime, é necessário que ele seja de grau maior, que ele cause no seio da sociedade um dano mais persistente e grave do que os outros. Em outras palavras, acima de tudo, o crime imprescritível é o *crime de lesa-*

---

<sup>14</sup> O termo “direito” aqui é utilizado apenas para uma melhor compreensão. Com a devida licença, conforme já elucidado por Cláudio Brandão (Cf. BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [S.l.], v. 1, n. 7, p.31-43, jan.-jun.2006.), é um tanto controverso utilizar a expressão ‘direito de punir do Estado’, porque neste caso *não* há direito subjetivo, isto é, *facultas agendi* do Estado em penalizar os culpados, e sim o *dever* dele de puni-los.

<sup>15</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 461-462.



*humanidade*: é gigantesca a incoerência ao tentar conceber-se a ideia de esquecimento correlacionada à violação cruel, desumana, sistematizada e ampla dos direitos mínimos do indivíduo – as sequelas destes atos, a qualquer tempo e em qualquer lugar, perpetuar-se-ão na sociedade devido à sua discrepante magnitude.

Entretanto, a ideia de imprescritibilidade em relação a estes delitos não fica restrita apenas à questão do esquecimento. Outro motivo que fundamenta esta condição é característica do crime contra a humanidade como *delito de punição internacional*:

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo decurso do tempo e, geralmente, limita o poder punitivo do Estado para processar a conduta ilícita e sancionar seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo juiz para todo acusado de um delito. Não obstante, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se trata de violações muito graves dos direitos humanos nos termos do Direito Internacional.<sup>16</sup>

Vemos, assim, que a gravidade que é comum a estes atos violatórios faz com que *toda a comunidade internacional* venha a se sentir lesada e impelida a evitá-los, tornando imprescindível a atribuição da tutela da vida contra tais crimes como normas de *ius cogens*. A acelerada interdependência do mundo, aliada com o crescente fortalecimento da ideia de dignidade humana devido aos constantes atos violatórios e turbulências do século XX, junto com esta construção gradativa do conceito fez com que a obrigação de se julgar e, caso necessário, punir os agentes de tais delitos, se tornasse vinculativa para *todos* os países, independentemente da ratificação de tratados ou de fronteiras físicas – e ideológicas. Desta forma, para se garantir a segurança mundial contra atentados desumanos à população civil, é lógica a obrigação *erga omnes* dos Estados: se estas normas não fossem de tal forma cogentes, como seriam garantidos os direitos mínimos de cidadãos de partes do globo onde a lei não lhes é favorável à sua dignidade? Ou pior, como esperariam ser julgados estes atos contra os direitos humanos que, por conta de uma conjuntura de *ditadura* ou de *guerra*, foram cometidos de forma deliberada, encorajada e até autorizada por lei de um dado regime opressor? Vemos, portanto que, neste caso, *não se pode depender de relativizações, ou das vicissitudes do tempo ou do espaço*.

Este raciocínio, por seu turno, é expresso de forma clara em vários documentos de importância internacional, nomeadamente nos princípios I e II de Nüremberg, na Resolução 3074 (XXVIII) da Assembleia Geral da ONU e, finalmente, na *Convenção sobre a*

---

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 22 de novembro de 2007, § 111. Tradução nossa.

*imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade* de 1968 (doravante, Convenção). Os princípios, por sua vez, afirmam que “qualquer pessoa que cometer um ato que constitua um crime sob a lei internacional é responsável e portanto sujeita à punição” e que “o fato de as leis internas não imporem nenhuma pena a um ato que constitua um crime sob a lei internacional não livra a pessoa que cometeu o ato da responsabilidade diante a lei internacional”<sup>17</sup>. Já a resolução assevera que “crimes de lesa-humanidade, qualquer que seja o lugar onde foram cometidos, deverão ser objetos de investigação e as pessoas contra as quais se há provas(...) deverão ser sujeitas à procura, prisão, julgamento e, se consideradas culpadas, pena”<sup>18</sup>. E, por último mas não menos importante, a Convenção constata e reconhece que a aplicação de regras de prescrição aos crimes contra os direitos humanos inquieta a sociedade por permitir a *impunidade* dos agentes e, por isso, deve-se afirmar o princípio da imprescritibilidade de tais delitos em âmbito universal.

Neste ponto, levando em consideração que a obrigação de se combater os crimes de lesa-humanidade carrega um histórico bastante reconhecido internacionalmente, devemos esclarecer um ponto-chave da questão da imprescritibilidade: assim como o combate aos crimes contra a humanidade é uma norma de *ius cogens*, também o é a não-extinção da pretensão punitiva dos Estados frente a estas atrocidades. *Não importa se o país ratificou ou não um tratado que trata sobre a imprescritibilidade destes delitos, como por exemplo a Convenção*. Há, em primeiro lugar, a necessidade de uma segurança, de uma certeza de não se permitir a impunidade, de se efetuar a devida persecução destes crimes para prestar contas à toda a comunidade que foi lesada gravemente. Além disso, não se pode olvidar a construção antiga e gradativa do instituto, na qual torna incabível a não-aplicação do princípio ao usar como justificativa a inexistência de uma lei positiva (interna ou externa) que tratava da imprescritibilidade destes delitos à época que ocorreram.

Repita-se, *a consolidação destes atos violatórios como imprescritíveis é um costume internacional anterior à criação da Convenção, do Tratado de Roma e até mesmo à prática da maioria destes crimes* (principalmente nos casos ocorridos na América Latina), fazendo com que assim ocorra a mesma situação do caso da construção do conceito dos crimes de

---

<sup>17</sup> Principles of the Nuremberg Tribunal, 1950. Disponível em: <<http://deoxy.org/wc/wc-nurem.htm>>. Acesso em 02 jun. 2013. Tradução nossa.

<sup>18</sup> Assembleia Geral da ONU, Resolução 3074 (XXVIII), 28ª Sessão, 3 de dezembro de 1973. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/281/46/IMG/NR028146.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 03 jun. 2013. Tradução nossa.

lesa-humanidade: os documentos ditos de maior relevância não são de *declaração*, mas sim de *reconhecimento*.

Desta forma, seja Argentina, seja Chile, seja Brasil, ratificando ou não a Convenção ou outro documento do gênero, não se é eximido o cumprimento de tais preceitos em nenhuma hipótese. Um dos principais motivos para se descartar a desobediência a este costume internacional fundamenta-se na razão de que a elaboração de muitos tratados e convenções internacionais sobre a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade foi concomitante aos regimes ditatoriais. Por exemplo, a Convenção é de 26 de novembro de 1968, período próximo à instituição do AI-5, consolidação da “linha-dura” do regime militar brasileiro. Não seria crível ou ao menos lógico esperar que governos que promoviam atos violatórios de direitos humanos viessem a subscrever-se a tais documentos à época.

Ao chegarmos a este ponto, é inevitável indagar por que até hoje os torturadores e os agentes estatais que forçaram o desaparecimento e ocultaram as provas dos crimes e os corpos de tantos opositores políticos não foram condenados. Ora, se conhecidamente atos contra os direitos da pessoa foram cometidos e se estes são obrigatoriamente imprescritíveis, por qual motivo se daria impunidade destes agentes? A resposta, pelo menos no quesito jurídico nacional, encontra-se na Lei nº 6.683/79, também conhecida como Lei da Anistia.

#### **4 VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS: ANISTIÁVEIS?**

Promulgada pelo último presidente da ditadura militar, no período da chamada “abertura política”, a Lei da Anistia foi objeto de várias discussões acerca da sua validade. Seja na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 da nossa Corte Egrégia, seja na sentença do caso “Guerrilha do Araguaia” da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não deixa aquela de levantar polêmicas. O STF, por sua vez, considera-a recebida pela Constituição Cidadã e, portanto, válida e apta a continuar produzindo normalmente seus efeitos. Já a jurisprudência da Corte Interamericana, culminando no caso mencionado, acredita que qualquer lei de autoanistia é inválida e viola os direitos dos

sobreviventes e dos familiares das vítimas, por não garantir os meios legislativos necessários para assegurarem o julgamento e a punição destas atrocidades.<sup>19</sup>

Acreditamos que a visão da Corte é a mais coerente, tanto no âmbito constitucional quanto no convencional. E isto pode ser demonstrado ao se contrapor os diferentes argumentos utilizados para se justificar a validade da Lei da Anistia com quatro fatores: a visão universal sobre anistia, a jurisprudência da Corte IDH, o processo de promulgação da Lei e à sua adequação à Constituição<sup>20</sup>.

#### **4.1 Visão universal vs. Lei da Anistia: a questão do “direito à memória e à verdade”**

No âmbito das Nações Unidas, a questão da invalidade de leis de autoanistia em casos de crimes graves sob o Direito Internacional encontra-se fundamentalmente no “direito à memória e à verdade”. Sendo comumente relacionado com o direito ao amparo judicial, à família e à saúde, o conceito em hipótese alguma é novo. Assim como todos os costumes internacionais que viemos trazendo no presente artigo, a construção da ideia do direito das vítimas sobreviventes ou dos familiares dos que sofreram crimes contra seus direitos mínimos data do final de um período de guerra: em 1949, nas Convenções de Genebra e os seus Protocolos Adicionais, já se pode ver claramente a preocupação com o direito de saber o paradeiro ou a condição às quais se encontram as vítimas de crimes de lesa-humanidade. No *Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais*, podemos ler em seu art. 32 que, a respeito das pessoas desaparecidas e mortas, têm-se como princípio geral a aplicação de

---

<sup>19</sup> O que descumpre, portanto, os arts. 1º e 2º do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, que afirmam: “*Artigo 1º Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. 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*”.

<sup>20</sup> No mesmo sentido, ver: MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira**. Natal, 2012. 302 f.

medidas benéficas à situação destas motivada pelo “*direito que as famílias têm de conhecer o destino dos seus membros*”<sup>21</sup>”.

Esta questão de se respeitar o “direito de saber”, continua sendo um dos objetos mais relevantes de diversos outros documentos, tais como as resoluções 3220 (XXIX)<sup>22</sup> e 33/173 da Assembleia Geral da ONU. Entretanto, não reside apenas na angústia das famílias todas as bases que fundamentam este direito. Há outras razões que, desenvolvidas ao longo da História, solidificam e consolidam o termo.

Como primeiro motivo sustentador, temos a implicação prejudicial que a anistia para crimes graves traz à sociedade: de forma alguma este instituto, nestes casos, ajudaria na conciliação de uma sociedade pós-conflito, ou até mesmo numa transição pacífica. A anistia dada a crimes de lesa-humanidade impede que se consiga fechar ou remediar as feridas da comunidade, deixando-as sempre abertas, agravadas pela impunidade de seus agentes. Neste sentido, temos o documento do Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, *Instrumentos do Estado de Direito para sociedades que saíram de um conflito*, citado pela sentença do Caso Gomes Lund:

As anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes. Ao contrário, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas à anistia, em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz, e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito.<sup>23</sup>

Já acerca do segundo ponto, temos que o direito à verdade não se limita apenas ao desaparecimento forçado. Pelo contrário, sendo este intimamente ligado à prática de outros crimes graves, é imperativo que aquele seja também estendido a outros crimes de lesa-humanidade como garantia à devida investigação e respeito ao conhecimento. É o que pensa o Comitê de Direitos Humanos, órgão garantidor do cumprimento do Pacto Internacional sobre

---

<sup>21</sup> No original: “the right of families to know the fate of their relatives”. Disponível em: <<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=3B2AD184335950CAC12563CD0051DA38>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

<sup>22</sup> “*Considering that the desire to know the fate of loved ones lost in armed conflicts is a basic human need which should be satisfied to the greatest extent possible, and that provision of information on those who are missing or who have died in armed conflicts should not be delayed merely because other issues remain pending*”.

<sup>23</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), § 151. Tradução nossa.

os Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil em 1992), em sua Observação Geral nº 31, parágrafo 18<sup>24</sup>:

(...)Estados-Partes devem garantir que os responsáveis sejam levados à justiça. Tal como acontece com a falta de investigação, a incapacidade de trazer à justiça os autores de tais violações podem por si só dar origem a uma violação autônoma ao Pacto. Essas obrigações surgem nomeadamente no que concerne às violações reconhecidas como crimes nos termos da lei doméstica ou internacional, como a tortura e semelhante tratamento cruel, desumano e degradante (art. 7), execuções sumárias e arbitrárias (art. 6), desaparecimento forçado (arts. 7 e 9 e, frequentemente, 6). De fato, o problema da impunidade nessas violações, uma preocupação constante da Comissão, pode muito bem ser um importante elemento contribuidor na recorrência das violações. Quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, essas violações ao Pacto são crimes contra a humanidade (ver Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, art. 7). *Por conseguinte, quando funcionários públicos ou agentes estatais cometeram violações aos direitos do Pacto aos quais este parágrafo se refere, os Estados-Partes interessados não podem liberar os perpetradores da responsabilidade pessoal, como ocorreu com certas anistias.* (...) (grifo e tradução nossos).

Um terceiro ponto o qual faz-se oportuno comentar, é a relação do direito à verdade com o direito à memória. Só o direito à informação verdadeira, à investigação precisa, imparcial e detalhada acerca dos fatos do passado que pode ajudar a construir uma memória justa, que reconhece e respeita seus mártires, suas tragédias, seus erros e suas atrocidades, para que assim se possa evitar que aconteçam novamente. Um documento relevante nesta questão é a Declaração de Durban, da Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerâncias Raciais, que traz um reconhecimento notável em relação ao direito à memória, afirmando em seu parágrafo 98 que: “Nós enfatizamos a importância e a necessidade de se ensinar sobre os fatos e as verdades da história da humanidade (...) a fim de se alcançar um conhecimento compreensivo e objetivo acerca das tragédias do passado”<sup>25</sup>.

Já em fins de análise geral, talvez o documento que mais agrega importantes considerações acerca do direito à memória e à verdade nos dias atuais é o *Conjunto de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a*

---

<sup>24</sup> Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/58f5d4646e861359c1256ff600533f5f>>. Acesso em: 14 set. 2013.

<sup>25</sup> No original: “We emphasize the importance and necessity of teaching about the facts and truth of the history of humankind (...) with a view to achieving a comprehensive and objective cognizance of the tragedies of the past”. Declaration of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance. Durban, 2001. Disponível em: <<http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

*impunidade*<sup>26</sup> (doravante, Conjunto). Isto se dá porque é neste Conjunto que se constata de forma mais sistematizada a organização e a consolidação dos vários institutos que já falamos anteriormente: a relação intrínseca do indivíduo com o direito imprescritível de se saber a verdade acerca do passado, principalmente no que concerne à prática de crimes graves (não apenas o desaparecimento forçado, mas todos os atos violatórios dos direitos humanos); o dever do Estado de preservar a memória das épocas passadas, sendo transparente, imparcial e sempre apto a prestar contas à sociedade; e, por último mas não menos importante, as *limitações referentes às leis de anistia*, pois, ao levar em consideração que estas últimas detêm o poder de tornar os responsáveis por delitos sob o Direito Internacional “imunes” à persecução criminal, não se pode permitir que sejam elas feitas de forma deliberada. Diz o Conjunto que a anistia só pode ser concedida se forem seguidas algumas condições básicas, tendo como uma das mais relevantes a que afirma que a anistia *não terá efeitos* em relação ao direito de reparação das vítimas, como também que *não poderá permitir* que os perpetradores se beneficiem até que o Estado ou outra Corte internacional ou regional tenha devidamente os processado.

Deste modo, de acordo com a visão universal sobre a matéria, qualquer lei de anistia de perpetradores de crimes de lesa-humanidade (e nisto inclui-se a brasileira) é *inválida*, por prejudicar o direito ao amparo judicial, à verdade e à memória, por dificultar a conciliação na sociedade e por tornar pantanosa a segurança judicial frente a estes delitos graves. Prosseguimos agora para a visão interamericana.

#### **4.2 Leis de Anistia vs. Jurisprudência da CIDH: sem efeitos jurídicos.**

A questão das leis de anistia na Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra, em nossa análise, seu ápice na sentença de três casos específicos: *Barrios Altos y otros vs. Peru* de 2001, *La Cantuta vs. Perú* de 2006 e *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* também de 2006.

Ambos os casos *Barrios Altos* e *La Cantuta* tratam acerca das leis de anistia aprovadas em 1995 pelo governo Fujimori, que amparavam membros do esquadrão de morte denominado “La Colina”, responsáveis por massacres ordenados pelo próprio presidente em 1991 e 1992. O massacre de *La Cantuta* recebe este nome porque aconteceu na *Universidad*

---

<sup>26</sup> Set of Principles to Combat Impunity – Updated Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/109/00/PDF/G0510900.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 01 ago. 2013.

*Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle*, comumente chamada de La Cantuta por encontrar-se na zona homônima da cidade de Lima. Um professor universitário, Hugo Muñoz Sánchez, e nove estudantes<sup>27</sup> foram sequestrados pelo esquadrão e “desapareceram”. Já o massacre de Barrios Altos refere-se à noite de 03 de novembro de 1991, na qual 15 pessoas, incluindo uma criança de oito anos, Javier Ríos Rojas, foram mortas pelo grupo La Colina no primeiro andar de um edifício também na cidade de Lima.

No Barrios Altos, a Corte fundamentou que as leis de auto anistia aprovadas pelo governo violavam os artigos 1.1, 2, 8.1 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, declarando ainda que carecem de efeitos jurídicos:

A Corte sublinha que, à luz das obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Partes são obrigados a tomar todas as providências possíveis para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito de uma forma simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção.(...) Leis de auto-anistia conduzem ao desamparo das vítimas e à perpetuação da impunidade, por isso que são elas manifestamente incompatíveis com a letra e com o espírito da Convenção Americana. Este tipo de leis impede a identificação dos indivíduos responsáveis por violações dos direitos humanos, pois impede a investigação e o acesso à justiça, como também impede que as vítimas e suas famílias possam conhecer a verdade e receber as reparações correspondentes. Devido à manifesta incompatibilidade das leis de auto-anistia com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar a obstruir a investigação dos fatos que constituem este caso ou a identificação e punição dos responsáveis (...)(Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Barrios Altos Vs. Perú, Sentença de 14 de março de 2001, §43 e 44. Tradução nossa).

A sentença do caso La Cantuta aproveita bastante o defendido no Barrios Altos, até porque trata dos mesmos responsáveis, das mesmas leis de auto anistia, entre outras similaridades. Por fim, irá a CIDH novamente afirmar que as leis de auto anistia “não foram capazes de gerar efeitos, não os tem no presente e nem podem gerá-los no futuro”<sup>28</sup>.

Já o caso Almonacid Arellano, refere-se à execução (extrajudicial) de um militante comunista e professor pela polícia do governo de Pinochet, em 1993. Mais uma vez, leis de auto anistia impossibilitaram a apropriada investigação dos fatos e o devido julgamento dos responsáveis. Com este raciocínio, temos na sentença os seguintes dizeres:

---

<sup>27</sup> Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa.

<sup>28</sup> No original: “*En consecuencia, dichas “leyes” no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro*”. CIDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, Sentença de 29 de novembro de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 189.



Os crimes de lesa-humanidade produzem a violação de uma série de direitos inalienáveis reconhecidos na Convenção Americana, não podendo ficar impunes(...), a Corte determinou que a investigação deve ser realizada através de todos os meios legais disponíveis, e orientada à determinação da verdade, da investigação, persecução, prisão, julgamento e punição de todos os mandantes e os autores dos fatos, especialmente quando estão ou podem estar envolvidos agentes estatais. (CIDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006, §111, tradução nossa).

Entretanto, em nossa análise, a questão doutrinária mais importante que pode ser lida na sentença do caso Almonacid diz respeito à responsabilidade estatal por conta do “controle de convencionalidade”. Foi a primeira vez que a Corte desenvolveu este conceito, no parágrafo 124 da sentença:

A Corte é ciente que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao Estado de direito e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, obrigando-os a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, as quais, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que se aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (tradução nossa).

Desta forma, compreendemos que a Corte Interamericana é taxativa em condenar as leis que impossibilitam a devida persecução criminal dos agentes responsáveis por crimes de lesa-humanidade. Considera a CIDH essas leis como carentes de efeitos jurídicos, visto que vão contra os princípios do direito internacional e é dever do Estado cumpri-los. Ademais, também defende a Corte que, caso o juízes dos Estados-membros se deparem com normas que vão de encontro às normas da CADH, devem eles declarar, de ofício, a invalidade destas.

#### **4.3 Lei da Anistia e visão nacional: a ADPF 153 vs. Caso Gomes Lund.**

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, solicitada pela OAB em 2008, foi processada de forma concomitante ao Caso Gomes Lund da Corte de San José. Mesmo assim, as decisões dos dois processos foram bem divergentes: por 7 votos a 2, foi-se decidido pela improcedência da ADPF e conseqüente validade da Lei, ao passo que a CIDH, seguindo a sua própria jurisprudência, considerou-a inválida..

A petição inicial, feita pelo Conselho Federal da OAB, levou em consideração 4 motivos fundamentais para requerer a Arguição: o primeiro funda-se na conjuntura política da época da promulgação que, além de tornar bastante incoerente a alegação que a Lei da Anistia deu-se por meio de um “acordo”, também contribuiu para um texto obscuro e tendencioso da

lei, beneficiando os agentes repressores estatais; o segundo motivo refere-se a um equívoco da interpretação do texto legal, afirmando que os crimes cometidos pelo Estado à época não podem ser considerados como ‘crimes políticos’ (até porque, dentre as várias razões que fundamentam esta questão, temos que os torturadores buscavam a defesa do *status quo*, justamente o contrário da essência da motivação de um crime político) e, portanto, não podem se enquadrar na categoria dos “crimes conexos” expressa na lei; e o quarto e último motivo diz respeito à violação de princípios consagrados no Direito interno e externo, quais sejam a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a qualidade da tortura de inafiançável e insuscetível de anistia (art. 5º, XLIII da CF), o direito à informação e à verdade (art. 5º, XXXIII, também da Constituição), como também a Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>29</sup>. Surpreendentemente, nem a Convenção Americana de Direitos Humanos nem o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil, foram mencionados na petição, mesmo que possuam eles conteúdo semelhante à Declaração Universal (art. 5º;2 da CADH e art. 7º do Pacto).

Quando nos voltamos para os votos dos ministros, é notória e preocupante a negligência, pelo menos aparente, em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (principalmente em relação à jurisprudência da Corte de San José e a sua Convenção). Dos 7 ministros que votaram contra a procedência da ADPF, *três* não mencionaram de forma alguma tratados internacionais relevantes para o caso (Min. Carmen Lúcia, Min. Ellen Gracie e Min. Marco Aurélio). Já o Min. Eros Grau, mesmo citando de forma breve e rasa a jurisprudência internacional, também não cita a CADH. Com o Min. Celso de Mello, há, entretanto, um expresse reconhecimento da subscrição do Brasil a tratados de relevância na matéria<sup>30</sup>, como também cita ele pertinentes fatos acerca da jurisprudência externa<sup>31</sup>. Entretanto, o ministro *desconsiderou* o costume internacional de luta contra a impunidade de

---

<sup>29</sup> Art. V: *Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.*

<sup>30</sup> “O Brasil, consciente da necessidade de prevenir e de reprimir os atos caracterizadores da tortura, subscreveu, no plano externo, importantes documentos internacionais, de que destaco, por sua inquestionável importância, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes(...); a Convenção Interamericana Para Prevenir e Punir a Tortura, (...), e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos(...), atos internacionais estes que já se acham incorporados ao plano do direito positivo interno”. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, voto do ministro Celso de Mello, p. 162.)

<sup>31</sup> “Reconheço que a corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos (...), proclamou a absoluta incompatibilidade com os princípios consagrados na convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia. (...) a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia(...)”. (ADPF 153, voto do ministro Celso de Mello, p. 183-185).

violadores de direitos humanos, como também ignorou o caso Gomes Lund que, como já mencionado, era paralelo à ADPF. O Min. Cezar Peluzo também citou a jurisprudência internacional, mas de forma superficial e para justificar que a CIDH apenas condenava as leis de *autoanistia*, e não as oriundas de um “acordo”, como aconteceu supostamente no caso brasileiro<sup>32</sup>. Adiante neste trabalho, este argumento apresentado pelo ministro será, contudo, comprovado como incompatível com o costume interamericano. Por último, temos o voto do Min. Gilmar Mendes que, mesmo sendo ele um dos ministros mais ativos no que concerne ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, votou pela improcedência da ADPF, sendo, em muitos aspectos, incoerente com a matéria: ele não menciona nem a interpretação nem os próprios direitos humanos, além de afirmar que os crimes da ditadura não são imprescritíveis<sup>33</sup>, indo de forma totalmente oposta ao defendido pela CIDH.

Sem a utilização de tratados e jurisprudências internacionais pertinentes às violações de direitos humanos pelos ministros, não é de se esperar que contivessem nos votos pela improcedência uma boa fundamentação ou coerência com o Direito Internacional. Mesmo desta forma, escolhemos alguns dos argumentos mais pertinentes dos votantes para discussão a seguir.

*a. O argumento de atribuir a Lei da Anistia a condição de “acordo” fundamental para uma transição pacífica após os conflitos no país:*

Em primeiro lugar, não se é possível nem ao menos cogitar que a Lei 6.683 foi um acordo. Como se pode falar em negociação se para elaborar a lei não houve nem ao menos a participação da *oposição real*? O fato é que foi ela votada em um Congresso repleto de “senadores biônicos” do Pacote de Abril de 1977 e, por 206 votos a 201, a Lei foi aprovada. Desses 206 votos a favor, a maioria deles partiu da antiga Arena. Assim, vemos claramente que foi um ato unilateral, de votação apertada e ganho somente por meio de votos de congressistas *favoráveis* ao regime, caracterizando de forma alguma uma negociação. Ademais, devemos também apontar que uma lei de anistia para crimes hediondos, independentemente se ela é oriunda de um acordo ou de um ato unilateral, não contribui de

---

<sup>32</sup> “E quinto lugar, o caso não é de autoanistia, censurada pelos tribunais internacionais. Seria de autoanistia, se tivesse provindo de ato institucional ou de unilateral ato normativo equivalente. Ela proveio de um acordo, como tantos outros celebrados no mundo(...)”. (ADPF 153, voto do ministro Cezar Peluzo, p. 210.

<sup>33</sup> “(...) não tem curso a tese (...) da imprescritibilidade em razão de tratados que vieram a ser subscritos posteriormente. (...). Portanto, se houver uma alteração para tornar os crimes imprescritíveis, como ocorreu na Alemanha pós-nazismo, ela não se aplica aos crimes já praticados”. (ADPF 153, voto do ministro Gilmar Mendes, p. 250-251).

forma alguma para reconciliar a sociedade de forma pacífica, conforme já explicitado neste artigo. Consciente disto, a CIDH, no caso Gomes Lund, afirma que:

Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto anistia ou um “acordo político”, a Corte observa(...) que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “auto anistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua ratio legis: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.<sup>34</sup>

*b. O argumento de que os crimes da ditadura militar não são imprescritíveis.*

Afirmar que os crimes da ditadura militar não são imprescritíveis é afirmar que eles não são de lesa-humanidade. E isto, com a devida licença, beira ao absurdo tanto em matéria constitucional quanto convencional, conforme já demonstrado neste trabalho. Concorda a Corte na sentença do caso Guerrilha do Araguaia, no Voto Fundamentado Do Juiz Ad Hoc Roberto de Figueiredo Caldas, parágrafo 23:

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia.

*c. O argumento da não-vinculatividade dos tratados internacionais não ratificados.*

De acordo com o que já foi explicitado de forma ampla neste artigo, na comunidade internacional não é necessária a efetiva ratificação de um tratado para que ele seja imperativo: sobrepõem-se à autonomia dos Estados certos princípios e normas internacionais que, por serem eles de conhecimento e necessidade de aplicação gerais, têm efeitos *erga omnes*. Também não podem ser eles derogados por leis ou costumes locais, mas apenas por outras normas imperativas<sup>35</sup>. Assim, tratados que versam sobre direitos humanos não precisam ser subscritos pelo país para que sejam cumpridos, como defende o voto do juiz ad hoc na sentença da CIDH:

Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses

---

<sup>34</sup> Corte Interamericana De Direitos Humanos, Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil, Sentença de 24 de Novembro de 2010, § 175).

<sup>35</sup> Art. 53 da Convenção Viena sobre Direito dos Tratados de 1969.

crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, *que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido*.<sup>36</sup>

*d. O argumento de considerar a Lei da Anistia válida por conta do princípio da legalidade e da irretroatividade da lei penal.*

Um dos principais argumentos para fundamentar tal argumento é afirmar que a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e outros crimes de lesa-humanidade não eram tipificados no Código Penal brasileiro à época dos fatos. Entretanto, mais uma vez, deve-se afirmar que o Brasil não era nem nunca foi uma ilha isolada do restante do globo: nosso país sempre fez parte de uma comunidade internacional que há tempos tipificou de forma imperativa estes delitos como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis. Assim, existia no período da ditadura militar e continua existindo até hoje a obrigação do Brasil de evitar, prevenir e sancionar a prática destes atos violatórios.

Outrossim, quando tratamos de imprescritibilidade, não podemos deixar de depreender que o crime que não prescreve é aquele crime que não é passível de esquecimento pela sociedade, aquele dito perpétuo. Destarte, a invalidade da Lei da Anistia não seria retroativa pois estaria incidindo sobre crimes *ainda correntes*. Do mesmo modo, concorda a Corte:

Adicionalmente, com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (...) 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.<sup>37</sup>

Desta forma, sendo ampla a refutação pela CIDH dos principais argumentos que levaram à improcedência da ADPF, aliada ao fator que o Brasil *se submete à jurisdição da Corte de San José*, apenas podemos concluir que a Lei da Anistia é inválida. Sendo assim, há uma urgente responsabilidade do Estado brasileiro de excluí-la do nosso ordenamento jurídico, para que assim possa-se lutar contra a impunidade, preservar o direito à memória e à verdade das famílias das vítimas e dos sobreviventes e, enfim, respeitar ao costume

---

<sup>36</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), Voto Fundamentado Do Juiz Ad Hoc Roberto De Figueiredo Caldas, § 27.

<sup>37</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil*, Sentença de 24 de novembro de 2010, §179.

internacional de combate aos crimes graves contra os direitos mais fundamentais do indivíduo.

## 5 CONCLUSÃO

Através deste trabalho, é possível observar que a construção do conceito de crimes de lesa-humanidade é de natureza histórica, gradativa, reconhecida pelo cenário internacional e imperativa. Além disso, é preciso destacar que a imprescritibilidade dos delitos que violam os direitos humanos é necessária e também tem efeitos *erga omnes*. Isto se dá porque trata-se de crimes que produzem sequelas muito profundas e perpétuas, transcendendo do âmbito da vítima para humanidade como um todo. A imprescritibilidade aqui é tida como um elemento-chave para evitar a impunidade dos agentes responsáveis por tais atos tão odiosos.

Assim, os crimes cometidos pelos agentes estatais no período de ditadura militar no Brasil são *indubitavelmente* de lesa-humanidade e, conseqüentemente, imprescritíveis, pelo seu caráter generalizado, sistematizado, contra uma população civil, desumano e discriminatório no campo político. Tendo isto em mente, as leis de anistia que amparam agentes de delitos de ordem mais grave do Direito Internacional, quando analisadas sob a ótica universal, são inválidas, incluindo a brasileira. Ocorre que tais leis não ajudam na conciliação de uma sociedade pós-conflito, pois evitam que os agentes responsáveis sofram a devida persecução criminal, corroborando assim para uma escassa investigação dos casos e para o sentimento de impunidade que pode incitar novas violações.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também defende a não validade destas leis, pautadas no conceito de controle de convencionalidade. Por serem elas contrárias ao espírito do costume internacional e a artigos presentes na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, não podem gerar efeitos jurídicos.

Levando em consideração que o nosso Constituinte declara ter como dever o cumprimento de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, coadunamente com a determinação que o país deve-se reger em suas relações internacionais pelo princípio de prevalência dos direitos humanos (entrando, aqui, todas as normas internacionais imperativas no que concerne à matéria), a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e tantos outros atentados contra a dignidade humana perpetrados pelo Estado durante a ditadura militar

devem ser combatidos, tanto através do cumprimento do direito à memória e à verdade quanto através da punição de seus agentes.

Por fim, tendo o Brasil se submetido à jurisdição da CIDH, deve ele cumprir, o quanto antes, a sentença do Caso Gomes Lund. A improcedência da ADPF 153, mesmo sendo votada pela Corte Egrégia do país, é inválida, porque vai de encontro com os tratados e os costumes internacionais e com o defendido pela Corte de San José.

## REFERÊNCIAS

BINDER, Christina. **¿Hacia una corte constitucional de América Latina?** la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/8.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de direito**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

DISSENHA, Rui Carlo. **Os crimes contra a humanidade e o estatuto de Roma**. Disponível em: <[http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/os\\_crimes\\_contra\\_a\\_humanidade\\_e\\_o\\_estatuto\\_de\\_roma\\_-\\_rui\\_dissenha.pdf](http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/os_crimes_contra_a_humanidade_e_o_estatuto_de_roma_-_rui_dissenha.pdf)>. Acesso em: 28 mai. 2013.

MARQUES, Ivan Luís. O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e sua aplicação no Brasil. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. p. 136-153.

MENDÉZ, Juan; COVELLI, Gilma Tatiana Rincón. **Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias**. Solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP pelo Ofício nº PR/SP – GABPR12- EAGF – 352/2008 de 04 de julho de 2008. Procedimento nº1.34.001.008495/2007, Nova Iorque, set. 2008. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/22-10-08%20-%20Orgao%20internacional%20aponta%20que%20Brasil%20viola%20Convencao%20Americana%20de%20DH.pdf>> Acesso em: 31 mai. 2013.

RAMOS, André de Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. p. 175-225.

VENTURA, Deisy. **A interpretação judicial da lei da anistia brasileira e o direito internacional**. Disponível em:

<<http://educarparaomundo.files.wordpress.com/2010/11/ventura-oxford-07-11-2010.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2013.

## **THE IMPRESCRIPTIBLE CRIMES AGAINST HUMANITY OF THE MILITARY DICTATORSHIP IN BRAZIL**

### **ABSTRACT:**

This paper seeks to discuss the construction and the application of the term ‘crimes against humanity’ both within the universal and the Brazilian level, regarding, above all, acts perpetrated by state agents during the dictatorial period in Brazil. Concerning this, it was explored the international and Brazilian approach to the concept of these crimes, the justification of their historical imprescriptibility and, at last, laws of self-amnesty had their validity analyzed according to national norms, jurisprudence and international customary laws. The sentence of the ADPF 153, given by Brazil’s Supreme Court, was also demonstrated as incoherent to the aforementioned sources of law. Studies on electronic and print documents were used. In short, according to the Brazilian Constitution, the IACHR jurisprudence, ratified agreements by Brazil and international customary laws, state agents responsible for abusive political repression and, therefore, crimes against humanity, must be criminally persecuted in disregard of any national amnesty decree.

**Key words:** Crimes against humanity; Imprescriptibility; Military dictatorship; Inter-American Court of Human Rights; Gomes Lund Case.