



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CRIMES CONTRA A HUMANIDADE COMETIDOS NO BRASIL DURANTE O REGIME MILITAR (1964 A 1985). DEVER ESTATAL DE APURAR OS FATOS E RESPONSABILIZAR OS AUTORES.

- 1. Competência federal:** os DOI/CODI eram órgãos do Exército brasileiro. É da competência da Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados por seus agentes, por força do disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal. Súmula nº 254 do TFR, confirmada pelo STJ (CC 1679/RJ e RHC 2201/DF).
- 2. Crimes contra a humanidade:**
 - 2.1. Conceito que se desenvolve no Estatuto do Tribunal de Nuremberg (1945), ratificado pela ONU em 1946, quando a Assembléia Geral confirmou os princípios e as sentenças por ele adotadas, através da Resolução nº 95.
 - 2.2. Qualquer ato desumano cometido contra a população civil, no bojo de uma perseguição ampla e repetitiva, por motivos políticos, raciais ou religiosos, é crime contra a humanidade (conceito da ONU). Não há necessidade de consumação de um genocídio, mas apenas que determinado segmento social seja alvo de repressão específica. Conceito confirmado pelos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex- Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994), bem como pelo Estatuto de Roma (1998).
 - 2.3. A Corte Interamericana de Direitos Humanos considera crime contra a humanidade a prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz (Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, 2006).
- 3. Consumação do crime contra a humanidade:** é suficiente que se verifique a prática de apenas um ato ilícito no contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, para que ocorra um crime contra a humanidade.
- 4. Caracterização dos crimes praticados pela repressão à dissidência política no Brasil como crimes contra a humanidade:** a política estatal de reprimir violentamente qualquer suspeita de dissidência política em relação ao regime militar ditatorial instaurado em 1964, que resultou em dezenas de milhares de vítimas, caracteriza o quadro de ataque sistemático e generalizado contra a população civil brasileira.
- 5. Obrigatoriedade de punição, a qualquer tempo, dos crimes contra a humanidade:** conforme o *corpus iuris* do Direito Internacional, um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

toda a humanidade. A Assembléia Geral das Nações Unidas, desde 1946, fixa a necessidade de uma “investigação rigorosa” dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, sendo a identificação, detenção, extradição e punição dos responsáveis, “um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais”.

6. Obrigação internacional de investigar e punir os crimes contra a humanidade. Inaplicabilidade da prescrição e de anistia:

6.1. Costume internacional e princípio geral de direito internacional, integrante do *jus cogens*. O Brasil está vinculado a esses princípios por força da ratificação, em 1914, da Convenção de Haia de 1907, através da qual aceitou o caráter normativo dos “princípios *jus gentium*”. Vinculação reafirmada com a assinatura e ratificação da Carta das Nações Unidas (1945).

6.2. A observância dos princípios humanitários do direito internacional é obrigação *erga omnes*, conforme decisão da Corte Internacional de Justiça (Parecer Consultivo de 1951). Os princípios subjacentes às convenções de direitos humanos são obrigatórios mesmo àqueles Estados que não firmam o ato convencional.

6.3. A força normativa dos princípios humanitários de direito internacional foi confirmada pela Resolução nº 3.074 da Assembléia Geral da ONU, de 1973.

6.4. A Convenção da ONU de 1968 sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, dispõe expressamente serem “imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos” os crimes contra a humanidade (artigo 1º, item 2) e vincula o Brasil, apesar de sua não-ratificação expressa.

6.5. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Casos “Almonacid Arellano” (2006), “Barrios Alto” (2001) e “Massacre de la Rochela” (2007).

7. Vinculação do Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Irrelevância da ressalva do reconhecimento da jurisdição da Corte para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998: a omissão do Estado brasileiro em apurar e punir os crimes contra a humanidade caracteriza uma violação contínua e permanente à Convenção Americana de Direitos Humanos, independentemente da data em que perpetrado o homicídio. Precedentes: Casos “Las Hermanas Serrano Cruz” (2004) e “La Comunidad Moiwana” (2005).

8. A prescrição diante da Constituição brasileira: a prescrição penal não é garantia constitucional. Assim, independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno, as normas

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

internacionais que levam à qualificação do crime contra a humanidade como imprescritível são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição.

9. **Direito antecedente ao fato:** não há qualquer inovação *post facto* na aplicação contemporânea dos princípios e regras do direito internacional como parte integrante do direito interno brasileiro, pois – em qualquer hipótese – os critérios que (a) qualificam uma conduta como crime de lesa-humanidade e (b) retiram a possibilidade de contagem de prazo prescricional, são anteriores à prática do ilícito. Não se trata de tornar imprescritível o que antes era prescritível, mas sim de reconhecer que – por força do *jus cogens* do direito internacional consuetudinário e de obrigações *erga omnes* em relação a todos os Estados – antes mesmo da instauração da ditadura militar em 1964 já vigorava a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.
10. **Lei nº 6.683/79 – inaplicabilidade aos agentes estatais:** A Lei de Anistia não se aplica aos agentes da repressão à dissidência política. Seus crimes não são políticos, eleitorais ou tampouco conexos aos crimes políticos. Nem mesmo o conceito de motivação política aproveita a esses infratores, pois não agiam com o dolo específico de “atentar contra a segurança do Estado”, ou “inspirados por esse resultado”, mas sim para vitimar os que assim o faziam. Seus crimes não eram impulsionados por motivação política, mas sim para preservar o Estado autoritário.
11. **Auto-anistia. Impossibilidade:** a admissão de uma anistia bilateral na Lei nº 6.683/79 suporia a outorga de uma auto-anistia pelas Forças Armadas, o que não é compatível com o Estado Democrático de Direito e com o direito internacional. Precedentes da CIDH.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“Não é bom quando o povo se esquece destas tragédias!

Muito pelo contrário, não se deve esquecer.

É aconselhável que permaneçam na memória da nação, para que nunca mais se repitam. É necessário saber-se o que se passou”.

Patrício Aylwyn – Presidente do Chile em 1990 e criador da Comissão Nacional da Verdade e da Reconciliação no Chile¹

“É missão dos governos, das pessoas de bem, das escolas, das famílias, das organizações, formar novas gerações que não admitam a tortura e a vejam, como ela é, o mais grave crime contra os direitos humanos. Só assim tanta dor não terá sido escrita em vão.”

Belisário dos Santos Jr.²

1. FATO

VLADIMIR HERZOG era jornalista e trabalhava na TV Cultura de São Paulo. Na noite de 24 de outubro de 1975, agentes do DOI/CODI São Paulo (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército) o procuraram nas dependências da emissora, manifestando a intenção de detê-lo e conduzi-lo para prestar esclarecimentos. A direção do veículo de comunicação solicitou aos agentes que não o levassem, pois dependiam dele para manter a programação. Houve, então, determinação para que VLADIMIR HERZOG se apresentasse no dia seguinte ao DOI/CODI do II Exército.

No dia 25 de outubro de 1975, aproximadamente às 8 horas, VLADIMIR HERZOG atendeu à determinação e se apresentou no DOI/CODI, à Rua Tomás Carvalhal, 1030, Capital, São Paulo. Sem qualquer formalidade ou ordem judicial, foi mantido preso nas dependências do órgão militar. No final da tarde do mesmo dia, foi declarado morto pelo Comandante do DOI/CODI, tendo supostamente cometido suicídio.

Segundo relatório da Secretaria de Segurança Pública, o cadáver de VLADIMIR HERZOG foi encontrado, junto à janela da cela 1, “em suspensão incompleta e sustido pelo pescoço, através de um cinto de tecido verde” (fls. 26 da ação declaratória n.º 136/76), depois identificada como o cinto do macacão dos presos.

¹ In AMBOS, Kai. Impunidade por violação dos direitos humanos e o direito penal internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n.º 49, p. 72, jul./ago. 2004.

² In SANTOS JR., Belisário dos. A tortura e o Estado Democrático de Direito. O Relatório da Comissão Especial da Lei n.º 10.726, de 09.01.2001. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n.º 46, p. 292, jan./fev. 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A viúva e filhos de VLADIMIR HERZOG propuseram em 1976 ação declaratória com o requerimento de declaração da “responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária de VLADIMIR HERZOG, pelas torturas a que foi submetido e por sua morte e a conseqüente obrigação de indenizá-los...” (fls. 17 da ação declaratória n.º 136/76). A Justiça Federal em São Paulo prolatou sentença de procedência do pedido (transitada em julgado), assentando inclusive que:

- a) VLADIMIR HERZOG se encontrava preso pelo Exército brasileiro, nas dependências do DOI/CODI de São Paulo (vinculado à 2ª Seção do então II Exército);
- b) essa prisão era ilegal;
- c) o laudo de exame do corpo de delito realizado pelo Instituto Médico Legal de São Paulo, bem como o laudo de exame complementar, que atestaram suicídio como causa da morte de VLADIMIR HERZOG, são imprestáveis, mesmo porque um dos signatários do laudo (Harry Shibata) sequer examinara o cadáver; e
- d) há “revelações veementes de que teriam sido praticadas torturas não só em VLADIMIR HERZOG, como em outros presos políticos nas dependências do DOI/CODI do II Exército” (fls. 618 da ação declaratória n.º 136/76).

Em recente relatório da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, foi oficialmente reconhecido que: “[E]m 25 de outubro de 1975, o jornalista VLADIMIR HERZOG foi assassinado sob torturas no DOI-CODI de São Paulo, valendo o episódio como gota d’água para que aflorasse um forte repúdio da opinião pública, na imprensa e na sociedade civil como um todo, contra a repetição de encenações aviltantes (suicídio) para tentar encobrir a verdadeira rotina dos porões do regime.”³

2. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS

A morte de VLADIMIR HERZOG na sede do DOI/CODI de São Paulo foi objeto, inicialmente, de Inquérito Policial Militar (n.º 1.153/75), o qual culminou na versão de que seu óbito decorreu de suicídio. A Justiça Militar determinou em 8 de março de 1976 o arquivamento do IPM.

Essa versão, não obstante, foi desconstituída pela já referida sentença da Justiça Federal de São Paulo, que concluiu pela ocorrência de tortura e homicídio, e declarou a responsabilidade patrimonial da União Federal por danos materiais e morais suportados pelos familiares de VLADIMIR HERZOG.

³ Brasil. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007, p. 27.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Em 1992 o Ministério Público de São Paulo requisitou a abertura de inquérito policial à Polícia Civil⁴ para apurar as circunstâncias do homicídio, motivado pelos novos elementos de prova então surgidos, a partir de declarações prestadas por PEDRO ANTÔNIO MIRA GRANCIERI⁵ (vulgo CAPITÃO RAMIRO) – à Revista “Isto É, Senhor”, edição de 25 de março de 1992. Entretanto, por força de *Habeas Corpus* impetrado em seu favor, a Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo determinou o trancamento do Inquérito Policial, por considerar que os ilícitos criminais teriam sido objeto de anistia, nos termos da Lei n.º 6.683/79. Decisão que foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.⁶

3. COMPETÊNCIA FEDERAL E NULIDADE DO ARQUIVAMENTO PROMOVIDO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Os Destacamentos de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI/CODI) eram órgãos do Exército brasileiro, comandados por seus oficiais⁷.

O próprio Comandante da 2^a Seção do Estado-Maior do II Exército (sediado em São Paulo), Coronel JOSÉ BARROS PAES, declarou nos autos do IPM relativo à morte de VLADIMIR HERZOG que “o Destacamento de Operações de Informações (DOI) está diretamente subordinado à 2^a Seção e, dentre suas missões, inclui-se a de proceder investigações para colheita de informações sobre crimes que atentam contra a Segurança Nacional”⁸.

Na sua estrutura operacional, o DOI/CODI se utilizava de membros das Forças Armadas e, também, de investigadores e delegados de polícia civil, policiais militares e policiais federais. Uma das suas funções era unificar – sob o comando do

⁴ Inquérito Policial n.º 704/92 – 1^a Vara do Júri de São Paulo.

⁵ Investigador da Polícia Civil de São Paulo requisitado para atuar no DOI/CODI. Conforme sua ficha funcional (fls. 915/921 do Inquérito Policial de São Paulo – n.º 704/92 - 1^a Vara do Júri de São Paulo), foi nomeado e tomou posse em 1969. Foi lotado no DOPS, recebeu elogio do Chefe da Coordenação de Execução da Operação Bandeirantes em 29/9/70, e outro elogio do Delegado Geral em 1975, “por sua atividade diligente e eficaz no combate à sanha marxista-lenista” (sic). Em 1977, foi assentado elogio por força de ofício do Chefe do Estado Maior do II Exército, por integrar o Sistema de Informações na área do II Exército.

⁶ *Habeas Corpus* n.º 131.798/3-4 – SP, j. 13/10/92, 4^a Câmara Criminal, unânime, Rel. Min. PÉRICLES PIZA. Interposto Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, este não foi conhecido. O STJ, incidentalmente, entendeu que o *habeas corpus* era cabível para trancar o inquérito policial por falta de justa causa, quando “às claras se mostre a extinção da punibilidade por força de anistia” (vide Recurso Especial n.º 33.782-7 – SP, j. 18/08/93, 5^a Turma, unânime, Rel. Min. JOSÉ DANTAS; trecho extraído do voto do Relator).

⁷ De 1970 a 1974, a função foi exercida pelo Major CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e, na data da morte de VLADIMIR HERZOG, comandava o Tenente-Coronel AUDIR SANTOS MACIEL. In USTRA, Carlos Alberto Brilhante. A verdade sufocada: a história que a esquerda não quer que o Brasil conheça. Brasília: Editora Ser, 2006, p. 285 e 10 e fls. 495/497 do Inquérito Policial de São Paulo – n.º 704/92 - 1^a Vara do Júri de São Paulo.

⁸ Depoimento prestado em 14/11/1975, cópia a fls. 515 do Inquérito Policial n.º 704/92.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Exército – as atividades de informação e repressão política.⁹ Os DOI/CODI eram órgãos federais, que funcionavam sob direção do Exército e com servidores federais e estaduais requisitados.¹⁰

Dessa forma, os atos praticados por agentes do DOI/CODI, no exercício da função, revestem a natureza de atos de servidores públicos federais. Em decorrência, é da competência da Justiça Federal processá-los e julgá-los, por força do disposto no artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, conforme entendimento sumulado pela jurisprudência (Súmula nº 254 do Tribunal Federal de Recursos¹¹, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça – CC 1679/RJ e RHC 2201/DF).

Diante da indiscutível competência federal para processar e julgar o crime de homicídio praticado por agente federal, no exercício da sua função, a decisão de arquivamento do inquérito por parte do Tribunal de Justiça não é válida, por força de sua nulidade absoluta. Inexiste, no caso, coisa julgada a impedir a conclusão da investigação e a propositura da ação penal no foro adequado: a Justiça Federal Comum. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. 2. Crime praticado contra os interesses da União Federal. 3. A investigação feita pela Polícia Estadual, incompetente para o procedimento, do âmbito criminal da Justiça Federal de 2º Grau, se arquivada, não pode obstar a apuração dos fatos pela Polícia Federal, que desempenha, também, as funções de polícia judiciária para a Justiça da União, quer em primeiro grau, quer nos Tribunais de segundo grau e superiores e no Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* desprovido.” (ROHC n.º 77.251-8 – RJ, j. 23/06/98, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA)

⁹ Em “O Livro Negro do Terrorismo no Brasil”, a criação dos DOI/CODI está assim relatada: “Em julho de 1969, o Governo ... baixou novas diretrizes. Esse documento, denominado Diretrizes para a Política de Segurança Interna, atribuía um papel preponderante aos comandantes militares de área, quanto ao planejamento e à execução das medidas anti-subversivas, e considerava indispensável a integração de todos os organismos responsáveis por essa área. (...) Fruto desses estudos, que tiveram como base a experiência da ‘Operação Bandeirantes’, recém-constituída, foi determinado o estabelecimento, nos Exércitos e nos Comandos Militares, de um Centro de Operações de Defesa Interna (CODI).” In GRUPO DE PESQUISADORES ANÔNIMOS; COUTINHO, Sergio Augusto de A. (coord.). Rio de Janeiro, 2005, p. 450. Note-se que o “Livre Negro do Terrorismo do Brasil” é resultado da pesquisa e narrativa de ex-integrantes dos serviços de repressão política no Brasil, conforme apresentação da versão consultada e confirmado pela imprensa (CORREIO BRASILIENSE. *Livro secreto do Exército é revelado*. Reportagem de Lucas Figueiredo. 15 de abril de 2007) Inteiro teor do “Livre” recebido pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC / PGR.

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

¹¹ “Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções e com estas relacionados.”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Inquérito arquivado pela justiça comum. Justiça militar. Denúncia. Exceção de coisa julgada. Delito militar. Incompetência absoluta.

I – ...

II – Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, dada a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o feito.

III – H.C. indeferido.” (*Habeas Corpus* n.º 84.027-2 – RJ, j. 27/04/04, 2^a Turma, unânime, Rel. Min. CARLOS VELLOSO)

Ainda:

“Recurso Extraordinário criminal. 2. Arquivamento de Inquérito Policial Militar, por inexistência de crime militar. 3. Correição parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União. 4. Alegação de ocorrência de crime de tortura. Crime comum. Incompetência da Justiça Militar. Inteligência do art. 124 da Constituição Federal. 5. Recurso Extraordinário conhecido e parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos à Seção Judiciária de São Paulo.” (Recurso Extraordinário n.º 407.721-3 – DF, j. 16/11/04, 2^a Turma, unânime, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Não se desconhece que, em alguns casos, o arquivamento de inquérito policial faz coisa julgada material e que a 1^a Turma do STF já a reconheceu mesmo quando se tratar de decisão exarada por juiz incompetente (*Habeas Corpus* n.º 83.346-2 – SP, j. 15/5/05, 1^a Turma, unânime, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE). Entretanto, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL consolidou o entendimento de que apenas em duas hipóteses se verifica a coisa julgada material: atipicidade da conduta e reconhecimento da prescrição (Inq - QO n.º 2.341-8 – MT, j. 28/06/07, Pleno, unânime, Rel. Min. GILMAR MENDES). O caso em análise é distinto, pois o trancamento do Inquérito decorreu de suposto reconhecimento de anistia, sem qualquer juízo sobre o fato praticado e a consumação do prazo prescricional. Ademais, conforme visto nos precedentes transcritos, a 2^a Turma do STF não compartilha do entendimento da 1^a Turma, negando efeitos à decisão de arquivamento proferida por juízo absolutamente incompetente.

4. CRIME CONTRA A HUMANIDADE

O crime contra a humanidade foi previsto, pela primeira vez, no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros. Confira-se:

“Artigo 6º- O Tribunal estabelecido pelo Acordo aludido no Artigo 1º do presente para o ajuizamento e condenação dos principais criminosos de

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

guerra do Eixo estará legitimado para julgar e condenar aquelas pessoas que, atuando em defesa dos interesses dos países do Eixo, cometaram os delitos que constam a seguir, individualmente ou como membros de organizações:

(...)

(c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: A saber, o **homicídio**, o extermínio, a escravidão, a deportação e **outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma, a perseguição por motivos políticos**, raciais ou religiosos na execução daqueles crimes que sejam competência do Tribunal ou relacionados aos mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados.”¹² (negritamos)

A definição de crimes contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nuremberg foi ratificada pela Organização das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1946, através da Resolução nº 95, quando a Assembléia Geral confirmou “os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças de referido Tribunal”¹³.

Percebe-se, portanto, que não há uma tipificação específica e inovadora dos crimes contra a humanidade. Na verdade, o que os caracteriza é a especificidade do contexto e da motivação com que praticados. O crime considerado pelo direito internacional como atentatório à humanidade é aquele praticado dentro de um padrão amplo e repetitivo de perseguição a determinado grupo (ou grupos) da sociedade civil, por qualquer razão (política, religiosa ou racial e étnica). Como fixado pelas Nações Unidas – ao aprovar os princípios aplicados pelo Tribunal de Nuremberg – o crime de lesa-humanidade é qualquer **ato desumano cometido contra a população civil, no bojo de uma perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos**. Note-se que não há necessidade de consumação de um genocídio, mas apenas que determinado segmento social seja alvo de repressão específica.

Esse conceito veio a ser confirmado pelos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex- Iugoslávia (25 de maio de 1993) e Ruanda (8 de novembro de 1994), cujos artigos 5 e 3, respectivamente, reafirmam que:

“ARTIGO 5 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil:

(a) homicídio;

¹² Tradução livre do texto. Disponível em:
<http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em 24 de set. 2007.

¹³ Tradução livre do texto. Resolução n.º 95 (I), 55^a reunião plenária de 11 de dezembro de 1946. Disponível em:
<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>> . Acesso em 24 de set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- (b) extermínio;
- (c) escravidão;
- (d) deportação;
- (e) prisão;
- (f) tortura;
- (g) estupro;
- (h) perseguição política, racial ou por motivos religiosos;
- (i) outros atos desumanos.”¹⁴

“ARTIGO 3 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional de Ruanda terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos de nacionalidade ou por razões políticas, étnicas, raciais ou religiosas:

- (a) homicídio intencional;
- (b) extermínio;
- (c) escravidão;
- (d) deportação;
- (e) prisão;
- (f) tortura;
- (g) estupro;
- (h) perseguição política, racial ou por motivos religiosos;
- (i) outros atos desumanos.”¹⁵

Finalmente, o artigo 7 do Estatuto de Roma (17 de julho de 1998), que criou o Tribunal Penal Internacional – ratificado e promulgado pelo Brasil em 2002¹⁶, – definiu que:

“Crimes Contra a Humanidade

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

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

¹⁴ Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>>. Acesso em 24 de set. 2007.

¹⁵ Tradução livre do texto. Disponível em: <[http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955\(1994\)Espanol.pdf](http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955(1994)Espanol.pdf)>. Acesso em 24 de set. 2007.

¹⁶ Cf. Decreto nº 4388, de 25 de setembro de 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de *apartheid*;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.”¹⁷

A partir desses atos normativos, é possível afirmar que **crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz.** Essa é a definição efetiva dos crimes contra a humanidade, também conhecidos como crimes de lesa-humanidade, adotada inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁸

Analisando os elementos desse conceito, aponta LUCIA BASTOS :

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

¹⁷ Tradução livre do texto. Disponível em: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>. Acesso em 24 de set. 2007.

¹⁸ Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n.º 154. Par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

durante um conflito armado, pessoas que não tenham tomado parte nas hostilidades.”¹⁹

É suficiente, portanto, que se verifique a prática de apenas um ato ilícito no contexto apontado para que consuma um crime contra a humanidade. É, aliás, o que decidiu o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia no Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”, ao considerar que “um só ato cometido por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz consigo responsabilidade penal e individual, e o agente não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável”²⁰.

Por outro lado,

“[d]iferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional; e distintamente do genocídio, eles não estão limitados a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes – pois somente mecanismos internacionais poderiam administrar esse problema. Os crimes contra a humanidade são similares a outras graves violações dos direitos humanos; eles se diferenciam, entretanto, na sua natureza coletiva e massiva, a referência à ‘população’ nos crimes contra a humanidade é que lhes configura a sua massividade.”²¹

Já é possível perceber que a política estatal de reprimir violentamente qualquer suspeita de dissidência política em relação ao regime militar ditatorial instaurado em 1964 caracteriza o quadro de ataque sistemático e generalizado contra a população civil brasileira.

Consoante é de conhecimento geral, de 1964 até 1985 o Brasil viveu o período historicamente denominado de “ditadura militar”, caracterizado pela supressão de direitos constitucionais, censura, perseguição política e repressão contra setores da população civil considerados como opositores ao regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos, conforme **oficialmente reconhecido através da Lei n.º 9.140/95, e da recente publicação da Presidência da República**

¹⁹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 32.

²⁰ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”, IT-94-1-T, “Opinion and Judgement”. 7 de maio de 1997. Par. 649. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-tsj70507JT2-e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007. Igual entendimento foi posteriormente firmado pelo Tribunal em “Prosecutor v. Kupreskic”, IT-95-16-T, “Judgement”. 14 de Janeiro de 2000. Pár. 550, Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007; e “Prosecutor v. Kordic and Cerkez” 9, IT-95-14/2-T, “Judgement”. 26 de fevereiro de 2001. Par. 178. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/kor-tj010226e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

²¹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 33.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“Direito à Memória e à Verdade”²²

A repressão militar à dissidência política foi coordenada pelas Forças Armadas, e compreendia órgãos do Exército, da Marinha, da Aeronáutica, da Polícia Federal e das polícias estaduais. Em São Paulo, foi montada uma operação com o objetivo de agrupar esses serviços, denominada “Operação Bandeirante” (OBAN), chefiada pelo Comandante do II Exército, General CANAVARRO PEREIRA.

Diante do “sucesso” da OBAN na repressão, o seu modelo foi difundido pelo regime militar a todo o País. Nasceram, então, os Destacamentos de Operações de Informações/Centros de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), no âmbito do Exército. “Com dotações orçamentárias próprias e chefiado por um alto oficial do Exército, o DOI-CODI assumiu o primeiro posto na repressão política do país. No entanto, os Departamentos de Ordem Política e Social (DOPS) e as delegacias regionais da Polícia Federal, bem como o Centro de Informações de Segurança da Aeronáutica (CISA) e o Centro de Informações da Marinha (CENIMAR) mantiveram ações repressivas independentes, prendendo, torturando e eliminando opositores”²³.

No ambiente do DOI/CODI, os interrogatórios mediante tortura eram rotina. Ademais, os assassinatos e os desaparecimentos forçados dos presos tornaram-se habituais²⁴.

Muito embora o Brasil não tenha até hoje aberto plenamente os arquivos relativos a essa repressão e tampouco tenha conhecido uma Comissão da Verdade que pudesse dimensionar o número real de crimes praticados, alguns dados estão disponíveis. Por exemplo, a Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, instituída pela Medida Provisória n.º 2.151, de 2001, já concedeu indenizações a cerca de 15.000 famílias por prejuízos decorrentes da perseguição política.²⁵ Ademais, pesquisas de caráter histórico demonstram ter existido elevado grau de perseguição aos dissidentes políticos.

O Projeto “Brasil Nunca Mais”, liderado pela Arquidiocese de São Paulo, e que teve como escopo de pesquisa apenas processos criminais militares que tramitaram perante o Superior Tribunal Militar, apurou a existência de cerca de duas mil notícias de torturas a presos políticos. Note-se que esse número é ínfimo, diante do quadro real de prisões ilegais e não oficializadas perante qualquer autoridade judiciária. Aliás, a fonte dessa informação são os autos de processos criminais movidos contra presos políticos, e esse número de denúncias de tortura refere-se a relatos feitos pela defesa dos presos políticos perante a Corte militar, para aproveitar a rara oportunidade de acesso às autoridades judiciais²⁶.

²² BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. Op. cit., p. 23.

²³ *Ibidem*, p. 23.

²⁴ Cf. *Ibidem*, p. 27.

²⁵ Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. *Comissão de Anistia declara Lamarca coronel do Exército*. 14 de junho de 2007.

²⁶ In ARQUIDIÓCESE DE SÃO PAULO. Op. cit., p. 86-88.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Houve, ademais, o caso da Guerrilha do Araguaia, onde toda a população civil de extensa área rural (englobando os municípios de São Domingos do Araguaia, São Geraldo do Araguaia, Brejo Grande do Araguaia, Palestina do Pará, todos no Pará, e Xambioá e Araguatins, no Tocantins) foi ameaçada, sitiada, e em grande parte encarcerada em campos de prisioneiros do Exército brasileiro²⁷.

Assim, não é leviano estimar que o número de pessoas presas e torturadas no Brasil durante a repressão aos dissidentes do governo militar de 1964 ultrapasse vinte mil cidadãos, tendo em vista, inclusive, que parcela expressiva das vítimas de prisões arbitrárias e torturas prefere manter-se no silêncio, para não recordar os sofrimentos vividos e reavivar os danos psicológicos decorrentes, mormente diante do quadro até esta data vigente, de omissão do sistema judiciário brasileiro em procurar responsabilizar os autores dos delitos.

É, pois, fato concreto a configuração de um quadro de ataque sistemático e generalizado à população civil que se opunha ao regime militar, mediante prisões arbitrárias e interrogatórios sob tortura, os quais podem ser estimados em cerca de 20.000 casos. Ademais, há mais de 400 casos de desaparecimentos forçados e assassinatos de opositores ou contestadores do governo que assumiu o poder com o golpe militar de 1964.

A morte de VLADIMIR HERZOG foi apenas um desses casos. Seu óbito após torturas – aparentemente cometidas pelos agentes estatais por suspeitarem de sua ligação com o Partido Comunista Brasileiro, aspecto que se revelava como uma ameaça à doutrina existente – **ocorreu dentro do padrão sistemático e generalizado de prisões e torturas praticadas contra a população civil por agentes do Estado brasileiro sob o comando de oficiais do Exército.**

Nesse contexto histórico-normativo, pode-se afirmar que o assassinato de VLADIMIR HERZOG reveste a qualidade de um crime contra a humanidade.

Conforme o *corpus iuris* do Direito Internacional, um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta toda a humanidade. No caso “Prosecutor v. Erdemovic”, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia indicou que:

“[c]rimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a

²⁷ Vide o Relatório Parcial do Ministério Públco Federal nos Inquéritos Civis Pùblicos 1, 3 e 5, todos de 2001, e respectivamente das Procuradorias da Repùblica no Pará, em São Paulo e no Distrito Federal. Cf., ainda, MORAIS, Tais; SILVA, Eumano. *Operação Araguaia: os arquivos secretos da guerrilha*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima”.²⁸

Nesse contexto, faz-se necessária a punição dos responsáveis por tais atos. Note-se, inclusive, que a obrigatoriedade de punição deste crime não é nova. A Assembléia Geral das Nações Unidas, desde 1946, fixou a necessidade de uma “investigação rigorosa” dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, sendo a identificação, detenção, extradição e punição dos responsáveis, “um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais”²⁹.

Em suma, a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve ser orientada a determinar a verdade real e a permitir o processamento, prisão, julgamento e condenação de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos agentes estatais³⁰. Não se pode olvidar que o esquema de repressão existente no Brasil era uma decisão de governo, que institucionalizou a prisão, a tortura, o desaparecimento e o assassinato, não só dos opositores, mas também de pessoas sem qualquer participação comprovada em movimentos de resistência.

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

a) esclarecer a **verdade**, tanto histórica (mediante Comissões de Verdade) quanto judicial (através de investigações das instituições que compõem o sistema de justiça), sempre mediante abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;

²⁸ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Erdemovic”, IT-96-22-T, “Sentencing Judgement”. 29 de novembro de 1996. Par. 28. Disponível em:

<<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-tsj961129e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

²⁹ Tradução livre do texto. Cf. “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”. Resolução n.º 2583 (XXIV), 1834a sessão plenária de 15 de dezembro de 1969. Disponível em:

<<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/259/73/IMG/NR025973.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 de set. 2007.

³⁰ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, n.º 149. Par. 148. Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007; Caso “Baldeón García Vs. Perú”. Sentença de 06 de abril de 2006. Série C, n.º 147. Par. 94. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp3.doc>. Acesso 24 set. 2007; e Caso “de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, n.º 140. Par. 143. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_ing.doc>. Acesso 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

b) realizar a **justiça**, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade. Na realização da justiça devem ser afastados quaisquer óbices para a persecução penal, tais como auto-anistias, prazos prescricionais e limitações materiais e políticas às investigações; e

c) **reparar** os danos às vítimas.

Esses são, portanto, os três princípios básicos: verdade, justiça e reparação. A concretização desses princípios é indispensável para a consecução de um quarto princípio, que consiste na **não-repetição**. Assim, as medidas de Justiça Transicional – inclusive responsabilização penal – são instrumentos de prevenção contra novos regimes autoritários partidários da violação de direitos humanos como medidas institucionais, especialmente por demonstrar à sociedade que esses atos em hipótese alguma podem ficar impunes. No mesmo sentido, reforçam a cidadania e a democracia, pela valorização da verdade e da reparação, e inibem novas formas de violações a direitos humanos, cometidas sob a influência da impunidade e da cultura do segredo.

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

5. DA VINCULAÇÃO DO BRASIL À CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SUA OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL DE INVESTIGAR E PUNIR OS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE COMETIDOS DURANTE REGIMES AUTORITÁRIOS

O Brasil promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em 6 de novembro de 1992, através do Decreto n.º 678. Posteriormente, nos termos do Decreto n.º 4.463, de 8 de novembro de 2002, reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos “para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998”.

Dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos:

“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, ...

2. (...)

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

“ARTIGO 4º - DIREITO À VIDA

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite a vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

(...)

ARTIGO 5º - DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

(...)

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

(...)

ARTIGO 8º - GARANTIAS JUDICIAIS

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

(...)

ARTIGO 25 – PROTEÇÃO JUDICIAL

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

Percebe-se que, com a ratificação do Pacto de São José, o Estado brasileiro se comprometeu a alterar sua legislação interna e a adotar providências materiais para tornar efetivos os direitos nele previstos, tudo de forma a respeitar e fazer respeitar os direitos humanos (artigos 1.1 e 2º). Como bem aponta CANÇADO TRINDADE, com base em decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

“[q]uer a violação dos direitos humanos reconhecidos tenha sido cometida por agentes ou funcionários do Estado, por instituições públicas, quer tenha sido cometida por simples particulares ou mesmo pessoas ou grupos não-

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

identificados ou clandestinos, ‘se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça à vítima a plenitude de seus direitos o mais cedo possível, pode afirmar-se que o Estado deixou de cumprir com seu dever de assegurar o livre e pleno exercício de seus direitos às pessoas sob sua jurisdição’. ‘Caso Velásquez Rodriguez’, nº 4, p. 72, par. 176; Série C, nº 5, p. 76, par. 187.”³¹

Em outras palavras, o direito interno brasileiro e a atuação material dos órgãos estatais não podem impedir a concretização das obrigações firmadas no âmbito da Convenção Americana de Direitos Humanos, inclusive o direito das vítimas a verem esclarecidos crimes ocorridos no passado. De fato, com fundamento nesses comandos convencionais (artigos 1.1, 2º, 8º e 25.1), a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reiteradamente decidido que, quando houver continuidade ou permanência, limitações temporais fixadas no ato de ratificação da competência da Corte não eximem os Estados-parte de atuarem na responsabilização por violações aos direitos humanos perpetradas anteriormente:

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

67. Contudo, quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações.”³²

Destarte, em que pese o homicídio de VLADIMIR HERZOG ter ocorrido antes da ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, bem como previamente ao reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, enquanto perdurar a situação de impunidade por omissão na investigação e punição desse delito (assim como de

³¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 51.

³² Tradução livre do texto. Cf. Caso “Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador”. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C, nº 118. Par. 66-68. Disponível em:

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

Destacamos que no caso concreto de El Salvador, a limitação *ratione temporis* firmada pelo Estado ressalvava também a jurisdição para os fatos cujo início de execução fosse posterior ao reconhecimento da jurisdição da Corte. Por esse motivo específico, a decisão final foi pelo reconhecimento da preliminar suscitada. No caso brasileiro, porém, houve limitação temporal apenas para os fatos ocorridos (crimes instantâneos consumados) após 10/12/98.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

todos os demais crimes de lesa-humanidade perpetrados), estar-se-á violando os deveres fixados nos artigos 1.1, 2º, 8º e 25.1 da Convenção.

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

Vale destacar que, além do decidido no “Caso Las Hermanas Serrano Cruz”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos também aplicou esse entendimento no “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname”, julgado em 15 de junho de 2005, no qual se apurava a responsabilidade internacional do Suriname por um massacre ocorrido em novembro de 1986 (antes da ratificação da Convenção por esse país). Anotou a Corte:

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

(...)

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

jurisdição para decidir sobre esses fatos e sobre sua qualificação jurídica. Finalmente, em relação às supostas violações ocorridas depois de 12 de novembro de 1987, as quais não necessitam ser detalhadas aqui, é evidente que se subordinam à competência da Corte Interamericana.

44. Em consequência, se rejeita essa exceção preliminar nos termos acima expostos.”³³

Assim, a reserva temporal firmada pelo Brasil não impede a condenação internacional pela **inércia** do Estado em, após o reconhecimento da jurisdição da Corte, reverter o quadro de **permanente omissão** em investigar, processar e responsabilizar os responsáveis pela perpetração de crimes contra a humanidade durante o regime ditatorial militar.³⁴

Importante acrescer que, em 1993, quando o Superior Tribunal de Justiça manteve o trancamento da investigação sobre o homicídio de VLADIMIR HERZOG, com o entendimento de que a Lei de Anistia implicava em falta de justa causa para a ação penal, já era exigível para o Brasil (inclusive seus órgãos judiciários) o cumprimento da Convenção Americana (promulgada em 1992). Nesse particular, já não se trata mais de um ato omissivo do Estado brasileiro, mas sim postura ativa em favor da impunidade e de afronta ao ordenamento internacional que impõe o dever de cabal persecução penal.

Assim, há – no caso VLADIMIR HERZOG – dois conjuntos de atos que denotam a violação pelo Brasil à Convenção Americana de Direitos Humanos: (a) como ato comissivo, o trancamento da investigação por aplicação da Lei de Anistia em 1993 (decisão do Superior Tribunal de Justiça), e (b) a omissão em empreender, no âmbito da Justiça Federal, as medidas necessárias à persecução penal.

Aliás, condenação internacional que já foi aplicada à República do Chile, no “Caso Almonacid Arellano”³⁵, o qual é em tudo semelhante ao do homicídio de VLADIMIR HERZOG.

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

a) de 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1990 governou o Chile uma ditadura militar que, dentro de uma política de Estado desenvolvida para causar

³³ Tradução livre do texto. Cf. “Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname”. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, n.º 124. Par. 37, 43 e 44. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007.

³⁴ No mesmo sentido, ver CARVALHO RAMOS, André. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p. 310.

³⁵ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, supra nota 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

medo, atacou massiva e sistematicamente setores da população civil considerados como opositores do regime, mediante uma série de graves violações aos direitos humanos e ao direito internacional (item 103 da sentença);

b) ALMONACID ARELLANO era militante do Partido Comunista e considerado uma ameaça por sua doutrina;

c) sua morte, em 1973, caracterizou-se como um crime de lesa-humanidade, pois a execução extrajudicial foi cometida por agentes estatais dentro do contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil, e violador de uma norma imperativa do direito internacional (itens 99 e 104); e

d) a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *ius cogens*, e a penalização desses crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral (idem);

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

A situação brasileira pouco difere da chilena:

(i) o País em 1964 sofreu um golpe de Estado (tomada do poder à margem do Estado de Direito) e passou a ser governado sob um regime ditatorial militar;

(ii) o Estado democrático constitucional foi suprimido mediante a outorga de Constituições e Atos Institucionais pelo governo militar;

(iii) com base nesses Atos Institucionais, e também à margem deles, toda a sorte de direitos individuais fundamentais foi objeto de violações pelos agentes estatais;

(iv) instituiu-se forte repressão à dissidência política, a cargo das Forças Armadas e dos aparatos policiais;

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

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

(vii) seguiram-se milhares de casos de prisões irregulares e interrogatórios mediante tortura, além de centenas de homicídios e desaparecimentos forçados sem

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

cumprimento, sequer, das exigências formais fixadas no ordenamento jurídico imposto pelo próprio governo ditatorial³⁶.

Assim, a exemplo do que ocorreu no Chile e na Argentina, agentes estatais perpetraram no Brasil homicídios, desaparecimentos forçados e atos de tortura que podem ser qualificados como crimes contra a humanidade, na medida em que consumados no contexto de um **sistemático e generalizado padrão de violência contra a população civil**.

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

“110. A obrigação conforme o direito internacional de ajuizar e, se são declarados culpáveis, castigar os perpetradores de determinados crimes internacionais, dentre os quais os crimes contra a humanidade, se depreende da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Essa obrigação implica no dever dos Estados-Partes de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecer, se possível, o direito violado e, nesse caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação permaneça impune e não se restabeleça, na medida do possível, a vítima na plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que foi descumprido o dever de garantir o livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição³⁷.

111. Os crimes contra a humanidade produzem a violação de uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem permanecer impunes. Em reiteradas oportunidades o Tribunal assinalou que o Estado tem o dever de evitar e combater a impunidade, que a Corte definiu como ‘a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis das violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana’³⁸. Mesmo assim, a Corte

³⁶ V.g., o Ato Institucional n.º 14 previa a pena de morte em tempos de paz. Não houve nenhuma execução oficial com base nessa autorização, mas cerca de cinco centenas de execuções extra-oficiais foram perpetradas pelas forças de repressão.

³⁷ Cf. “Caso Velásquez Rodríguez”. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n.º 4. Par. 166, e “Caso Godínez Cruz”. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C, n.º 5. Par. 175. Referências contidas no texto original.

³⁸ Cf. “Caso de las Masacres de Ituango”. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, n.º 148. Par. 299; “Caso de la Masacre de Mapiripán”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, n.º 134. Par. 237;

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

determinou que a investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, perseguição, captura, julgamento e castigo de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais³⁹. A esse respeito, este Tribunal assinalou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou pelas circunstâncias particulares de um caso específico, resultem ilusórios⁴⁰.⁴¹

Importante destacar que a Corte não reconhece barreiras postas pelo direito interno à responsabilização por crimes contra a humanidade. No entender da Corte, esses crimes são **imprescritíveis e impassíveis de anistia**. É o que firmou, por exemplo, nos casos “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile” (já referido), “Barrios Alto – Chumbipuma Aguirre y otros Vs. Perú” e “Massacre de la Rochela Vs. Colombia”:

→ Caso “ALMONACID ARELLANO”, sentença de 26 de setembro de 2006:

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

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

3. Ao pretender anistiar os responsáveis de delitos contra a humanidade, o Decreto- Lei n.º 2.191 é incompatível com a Convenção Americana e, portanto, carece de efeitos jurídicos, à luz do mencionado tratado. (...)⁴²

→ Caso “BARRIOS ALTO”, sentença de 14 de março de 2001:

“Caso de la Comunidad Moiwana”. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, n.º 134, Par. 203. Referências contidas no texto original.

³⁹ Cf. “Caso Ximenes Lopes”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, n.º 149. Par. 148; “Caso Baldeón García”. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n.º 147. Pár. 94 e “Caso de la Masacre de Pueblo Bello”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, n.º 140. Par. 143. Referências contidas no texto original.

⁴⁰ Cf. “Caso Baldeón García”, Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, n.º 147. Par. 144; “Caso 19 Comerciantes”, Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, n.º 109. Par. 192; e “Caso Baena Ricardo y otros”. “Competencia”. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, n.º 104. Par. 77. Referências contidas no texto original.

⁴¹ Tradução livre do texto. Cf. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, *supra* nota 16, Par. 110 e 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007

⁴² *Ibidem*, Par. 114 e outros. Negritos são nossos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

42. A Corte, conforme o alegado pela Comissão e não refutado pelo Estado, considera que as leis de anistia adotadas pelo Peru impediram que os familiares das vítimas e as vítimas sobreviventes no presente caso fossem ouvidas por um juiz, conforme disposto no artigo 8.1 da Convenção; violaram o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção; impediram a investigação, persecução, captura, julgamento e sanção dos responsáveis pelos fatos ocorridos em Barrios Alto, descumprindo o artigo 1.1 da Convenção, e obstruíram o esclarecimento dos fatos do caso. Finalmente, a adoção das leis de auto-anistia incompatíveis com a Convenção descumpriu a obrigação de adequar o direito interno consagrada no artigo 2 da mesma.

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

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

violação aos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Peru.”⁴³

→ Caso “MASSACRE DE LA ROCHELA”, sentença de 11 de maio de 2007:

“294. A este respeito, a Corte recorda sua jurisprudência constante sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e, neste caso, a sanção dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todos proibidos por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”⁴⁴.⁴⁵

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

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

Em suma, por força da aplicação direta do Direito Internacional e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos – à qual o Brasil está vinculado –, é imprescindível a reabertura das investigações pertinentes ao homicídio de VLADIMIR HERZOG. Este é um fundamento suficiente para a realização da investigação adequada e da persecução penal no foro competente: a Justiça Federal.

⁴³ Tradução livre do texto. Cf. “Caso Barrios Altos Vs. Perú”. “Fondo”. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, n.º 75. Par. 41-44. Negritos são nossos. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

⁴⁴ Cf. “Caso Barrios Altos”. Sentença de 14 de março de 2001. Série C, n.º 75. Par. 41. No mesmo sentido cf. “Caso La Cantuta”. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C, n.º 162. Par. 152; Caso “Almonacid Arellano y otros”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, n.º 154. Par. 112; y “Caso de las Masacres de Ituango”. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C, n.º 148. Par. 402. Referências contidas no texto original.

⁴⁵ Tradução livre do texto. Cf. “Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia”. “Fondo, Reparaciones y Costas”. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C, n.º 163. Par. 294. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Qualquer subordinação dessas providências a questões procedimentais do direito interno não é aceitável, diante das obrigações internacionais do País. Nem mesmo a prescrição e a anistia servem de escusa.

Em acréscimo, todavia, analisam-se a seguir detidamente esses dois institutos, para concluir que nenhum dos dois é, efetivamente, óbice à persecução penal no caso concreto e nas demais condutas caracterizadoras de crimes contra a humanidade.

6. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO

Conforme já descrito, o homicídio de VLADIMIR HERZOG, bem como os demais casos de assassinatos, torturas e desaparecimentos forçados cometidos pelos órgãos de repressão militar durante o regime autoritário de 1964 a 1985, caracteriza-se como crime contra a humanidade, na medida em que perpetrado num contexto de ataque generalizado e sistemático contra a população civil brasileira.

E, também como visto, segundo o Direito Internacional, nenhum empecilho de ordem interna pode ser invocado para impedir a persecução penal desses ilícitos, inclusive prazos prespcionais e anistias.

A questão relevante a ser tratada refere-se à verificação de que, independentemente da doutrina que se considere aplicável sobre o processo de internalização dos tratados internacionais no Brasil, não se pode falar em prescrição para crimes dessa natureza.

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

Evidente que, em razão da data (1968), o Brasil não ratificou essa Convenção. O País já estava em pleno regime autoritário, cujos agentes perpetravam – como política de governo – crimes contra a humanidade e, portanto, não fariam viger formalmente essa disposição. Como bem aponta LUCIA BASTOS, “[o]s Estados que sistematicamente violam os direitos humanos, normalmente, tendem a não aderir aos tratados que versam sobre a proteção dos direitos humanos para que no futuro e diante da comunidade internacional não sejam forçados ao cumprimento de uma norma a qual não desejam respeitar”.⁴⁶

⁴⁶ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 58.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Não obstante, a mera elaboração da Convenção já demonstra que esse era um dos valores intrínsecos à definição de determinadas condutas inumanas como crimes contra a humanidade, representando a consagração normativa do que já era um princípio costumeiro.⁴⁷

Ou seja, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a exteriorização formal de um conceito material que se formara através do costume internacional. Com efeito, desde 1907 (Convenções de Haia) os organismos internacionais desenvolveram os conceitos de crimes que atentavam contra valores humanitários e a partir do Estatuto do Tribunal de Nuremberg estipularam que crimes de guerra e contra a humanidade não podem ficar impunes, **independente da data em que consumados**. É o que revela o teor das já citadas Resoluções nº 1 e nº 95, de 1946, da Assembléia Geral da ONU.

Dessa forma, a Convenção **não** inovou no ordenamento jurídico internacional para instituir a figura da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas sim **consolidou** documentalmente um princípio geral decorrente do **costume internacional**.

Portanto, pode-se afirmar com tranqüilidade que há um **princípio geral de direito internacional** que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Princípio este que vem sendo repetido no bojo de diversos documentos internacionais, a culminar com o Estatuto de Roma (Tribunal Penal Internacional).

Lembre-se que o próprio Estatuto da Corte Internacional de Justiça (art. 38, I) estabelece que o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas são fontes do direito internacional.⁴⁸

⁴⁷ Para ACCIOLY, em lição tradicional: "Como prova do direito costumeiro, citam-se atualmente os tratados internacionais que ainda não tenham entrado em vigor ou que não foram ratificados por um Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada.". Ver em ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E. do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 15^a edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 45. Para ARÉCHAGA, as declarações da Assembléia Geral da ONU podem explicitar normas consuetudinárias existentes, bem como gerar efeito concretizador de novos costumes graças ao apoio dos Estados e ainda estabelecer um efeito indutor de novas práticas costumeiras, fornecendo a *opinio juris* necessária para a consolidação do costume internacional. Ver em JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Ed. Tecnos, 1980, pp. 39 e seguintes *apud* CARVALHO RAMOS, André. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Tese de Livre-Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005, nota de rodapé 227, p. 92.

⁴⁸ Original em inglês: "Article 38 - 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:
a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
c. the general principles of law recognized by civilized nations;
d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Em aplicação desse comando estatutário, a Corte de Haia, em Parecer Consultivo de 1951 sobre as reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, fixou que os princípios subjacentes às convenções de direitos humanos são obrigatórios mesmo àqueles Estados que não firmaram o ato convencional: “the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation”.⁴⁹

E, conforme destaca CARVALHO RAMOS, em 1996 reafirmou esse entendimento:

“Em 1996, também em sede consultiva, a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que *todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário.*”⁵⁰

Esse aspecto (a força normativa dos princípios de direitos humanos do direito internacional) foi também firmado pela Assembléia Geral da ONU, através da Resolução nº 3074, editada em 3 de dezembro de 1973. Ao apresentar os “Princípios de Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradução e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade”, declararam as Nações Unidas:

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

(...)

8. **Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.**⁵¹ (grifamos)

Tais resoluções da Assembléia Geral da ONU consolidam o costume internacional sobre a matéria, como observa CARVALHO RAMOS:

“Dessa forma, as resoluções da Assembléia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de Direito

⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56 e nota de rodapé nº. 100.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 57.

⁵¹ Tradução livre do texto. Disponível em:
<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>
Acesso em 25 de set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Internacional dos Direitos Humanos existentes, tendo contribuído também na formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembléia Geral".⁵²

Aliás, a declaração integra a própria Carta das Nações Unidas, relativamente aos princípios nela enunciados quanto ao desenvolvimento da cooperação entre os povos e à manutenção da paz e da segurança, conforme considerados da própria Resolução⁵³. Frise-se que a Carta das Nações Unidas⁵⁴ foi assinada pelo Brasil em 21 de julho de 1945 e ratificada em 21 de setembro de 1945.

A Resolução referida exteriorizou verdadeira obrigação *erga omnes* do direito internacional, ou seja, dever aplicável a toda a comunidade de nações, conforme já decidiu a Corte Internacional de Justiça, como destacado por CARVALHO RAMOS:

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

A Corte reconheceu, então, a existência de obrigações *erga omnes* no Direito Internacional. Para a Corte, tendo em vista a importância de determinados direitos albergados em normas internacionais, todos os Estados da comunidade internacional têm interesse jurídico em sua proteção.”⁵⁵

E, como salienta SYLVIA STEINER, a nenhum Estado é dado “olvidar a natureza imperativa das normas de proteção à pessoa, normas essas que, ao lado de princípios como *pacta sunt servanda*, integram o chamado *jus cogens*, normas obrigatórias que não admitem derrogação, produzindo efeitos *erga omnes*”⁵⁶.

⁵² CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p.56.

⁵³ Original em inglês de parcela do considerando: “Taking in account the special need for international action in order to ensure the prosecution and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity, (...)

Declares that the United Nations, in pursuance of the principles and purposes set forth in the Charter concerning the promotion of co-operation between peoples and the maintenance of international peace and security, proclaims the following principles of international co-operation in the detection, arrest, extradition and punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity.”

⁵⁴ A Carta das Nações Unidas, também conhecida como Carta de São Francisco, criou a Organização das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945.

⁵⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

⁵⁶ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Em suma, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é não só um costume e um princípio geral internacionais, mas também uma obrigação *erga omnes* exigível de todos os Estados. Em qualquer hipótese, é norma imperativa do direito internacional dos direitos humanos.

Aliás, já em 1914, com a ratificação da Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre⁵⁷, firmada em Haia em 1907, o Brasil reconheceu o caráter normativo dos “princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública”⁵⁸. Ainda que tal preceito tenha sido veiculado no bojo de uma Convenção relacionada ao direito humanitário em período de guerra, trata-se de uma norma geral de interpretação. Ademais, tendo em vista a aproximação entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, ambos regidos por premissas de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, os parâmetros normativos interagem e convergem para um padrão único de concretização.⁵⁹

Assim, desde o início do século passado (muito antes da instituição da ditadura militar no Brasil) o sistema normativo brasileiro reconhece expressamente o valor vinculante dos princípios internacionais de proteção do direito das gentes, dentre os quais se inclui o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

Nesse contexto, o Brasil, pelo fato de ser subscritor da Carta das Nações Unidas e importante integrante da comunidade internacional⁶⁰, e especialmente por ter atribuído força normativa aos princípios *jus gentium* do direito internacional, para fins do seu próprio sistema interno de direito, está adstrito ao teor desses princípios.

E um desses princípios é justamente o da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Assim, sempre que um crime tipificado no direito interno brasileiro for qualificável como crime contra a humanidade, segundo a definição acima apontada, a ação penal será imprescritível.

Anote-se que a prescrição penal não é garantia fundamental constitucional. A Constituição brasileira em momento algum estabeleceu um regime geral para a prescrição, tampouco a estabeleceu como valor objetivo fundamental. Ao contrário, tratou de demonstrar que existem crimes para os quais é inadmissível a aplicação do

⁵⁷ Decreto nº 10.719/14 que aprovou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre.

⁵⁸ Introdução à Convenção. Original em inglês: “Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.” Disponível em <<http://www.cicr.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>>. Acesso em 28 de novembro de 2007.

⁵⁹ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁰ Com pretensões, inclusive, de compor como membro permanente o Conselho de Segurança da ONU.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

instituto da prescrição (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

O instituto da prescrição é do plano normativo ordinário, tendo o constituinte apenas limitado o exercício da competência legislativa de fixar essa causa de extinção em relação aos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional democrática. Aliás, o mesmo que realizou em relação à concessão de graça ou anistia (outras causas de extinção da punibilidade) nos crimes hediondos, de prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo. As causas de extinção da punibilidade não têm sede constitucional, e não é porque a Constituição ressalvou sua aplicação em relação a determinados crimes que, *contrario sensu*, são institutos de aplicação obrigatória para todos os demais ilícitos penais. Assim como a graça e a anistia não são direitos fundamentais, a prescrição não é uma garantia fundamental. Todos esses institutos são instrumentos de política criminal.⁶¹

No máximo, o controle constitucional pertinente à prescrição refere-se ao devido processo legal substantivo, mediante juízo de razoabilidade e proporcionalidade das normas que definem sua aplicação. E, nesse particular, a gravidade inerente aos crimes de guerra e contra a humanidade, e a especial circunstância de serem, em regra, delitos praticados por agentes estatais, são elementos justificadores do tratamento especial. É razoável e proporcional que esses delitos – que atingem toda a humanidade e tendem a quedar impunes por decorrência de ingerências políticas – não se submetam aos critérios ordinários de esquecimento pelo tempo.⁶²

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

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

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

⁶¹ Em igual sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou que também o indulto é “instrumento de política criminal”, não existindo constitucionalidade em norma legal que exclui determinados condenados dos rol de potenciais beneficiários do ato. *Informativo STF 486* (HC 90.364/MG, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 31/10/07).

⁶² Cfr. GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007 [no prelo]. O autor anota que está ultrapassada qualquer interpretação de reserva constitucional formal para o tema da prescrição, residindo o cerne da questão no aspecto material, à luz da “...necessidade de aplicação de sanções penais com função protetiva de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais.”

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

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

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

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

Dessa forma, independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno⁶³, as disposições internacionais que levam à qualificação do crime de homicídio cometido em face de VLADIMIR HERZOG como um crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível (as quais são de observância obrigatória pelo Brasil), são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição.

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

Pode-se afirmar, portanto, que o direito penal brasileiro viu introduzida em seu sistema o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, que integra **o corpo do jus cogens**. Princípio este cujo respeito, por força de sua natureza, constitui uma obrigação *erga omnes* para toda a comunidade internacional, inclusive o Brasil. Nesse particular, dada a **natureza material** da regra, é irrelevante a não-ratificação da Convenção pelo País.

Elucidativa, nesse sentido, decisão proferida pela Suprema Corte da Argentina em 13 de julho de 2007, através da qual foi apreciada a validade de decreto de indulto a perpetradores de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar

⁶³ Como se sabe, há diversas correntes sobre o tema. As normas internacionais de direitos humanos, conforme a doutrina aplicável, são consideradas como supraconstitucionais, constitucionais, supralegis ou legais.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

que vigorou naquele País. A Corte máxima da Argentina já reconheceu, em diversas ocasiões, como crimes contra a humanidade as condutas de homicídio, tortura e desaparecimento forçado de cidadãos pelas forças de repressão estatais durante o regime de exceção (v.g., precedentes “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312) e “Simón” (Fallos: 328:2056)). E, nessa última decisão, fixou que:

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

11) Que corresponde agora, preliminarmente, esclarecer porque tais obrigações derivadas do direito internacional resultam de aplicação peremptória na jurisdição argentina. Nesse sentido, cabe recordar que a Carta da ONU marca o nascimento de um novo direito internacional e o final do velho paradigma do modelo de Westfalia difundido três séculos antes, depois do final da anterior guerra européia dos trinta anos. O direito internacional se transforma estruturalmente, deixando de ser um sistema prático, baseado em tratados bilaterais *inter pars*, e convertendo-se em um autêntico ordenamento jurídico supra-estatal: já não é um simples *pactum associationis*, senão também, um *pactum subiectionis*. No novo ordenamento passam a ser sujeitos de direito internacional não somente os Estados, senão também os indivíduos e os povos (‘Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías: la ley del más débil, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pág. 145’; no mesmo sentido ver também ‘Lea Brilmayer, International Law in American Courts: A Modest Proposal, 100 The Yale Law Journal, 2277, 2297; 1991’ e o informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos referente ao efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - arts. 74 e 75, ‘Opinión Consultiva OC 2/82, Serie A N^a 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29’).”

E conclui:

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

16) Que é possível assinalar que existia, na data da prática dos atos referidos, uma ordem normativa formada por tais convenções e pela prática consuetudinária internacional, que considerava inadmissível a prática de crimes contra a humanidade executados por funcionários do Estado e que tais fatos deviam ser castigados por um sistema repressivo que não necessariamente se adequara aos princípios tradicionais dos estados nacionais para evitar a reiteração de tais aberrantes crimes (considerando 57 do voto do juiz Maqueda in re: ‘Arancibia Clavel’ - Fallos: 327:3312-).”⁶⁴

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

Também a Corte Européia de Direitos Humanos se pronunciou nesse sentido, com relação aos crimes contra a humanidade cometidos na Estônia em 1949 (Caso “Kolk y Kislyiy v. Estonia” ajuizado perante a Corte pelos Srs. August Kolk e Petr Kislyiy).

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

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

Os acusados argüiram que a deportação das famílias não foi realizada antes ou durante a guerra, bem como que a prática não se submete à jurisdição do Tribunal de Nuremberg. Alegam também que os atos não foram realizados

⁶⁴ Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://www.derecho-comparado.org/sentencias/argMazzeoCorte.htm>>. Acesso em 04 de out. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra. A Corte Interna, portanto, teria, erroneamente, classificado os atos como crimes contra a humanidade. (...)

A Corte [julgadora] afirma que a deportação da população civil está expressamente reconhecida pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 como um crime contra a humanidade (artigo 6 (c)). Ainda que o Tribunal de Nuremberg tenha sido estabelecido para processar e julgar os principais criminosos de guerra dos países do Eixo pelos delitos cometidos antes ou durante a Segunda Guerra Mundial, a Corte afirma que a validade universal dos princípios que tratam dos crimes contra a humanidade foi corroborada pela Resolução n.º 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (11 de dezembro de 1946) e pela Comissão de Direito Internacional. Conseqüentemente, a responsabilidade por crimes contra a humanidade não pode ser limitada unicamente a nacionais de alguns países e unicamente a atos cometidos no marco temporal da Segunda Guerra Mundial. (...)

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

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

Ademais, nenhuma prescrição restritiva pode ser aplicada aos crimes contra a humanidade, independentemente da data da prática da infração. (...) **A Corte não encontra razão alguma para discutir a interpretação e aplicação da lei interna que as cortes da Estônia efetuaram à luz do direito internacional pertinente.** Em suma, tem-se que [as] alegações [dos peticionários] são manifestamente infundadas e devem ser rejeitadas.”⁶⁵ (negritamos)

Na verdade, a matéria ganha contornos mais fortes diante da tendência do Supremo Tribunal Federal de reconhecer às normas de direito internacional de direitos humanos uma hierarquia supralegal, ou seja, intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Em julgamento ainda não concluído (porém com maioria já formada), o Min. GILMAR MENDES assim expôs a questão:

⁶⁵ “Case Kolk and Kislyiy v. Estonia”, Julgado em 17 de janeiro de 2006. Processos n.º 23052/04 e 24018/04. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kolk&sessionid=2332619&skin=hudoc-en>>. Acesso em 25 de set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

Essa tese foi aventada, em sessão de 29 de março de 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo voto do Eminente Relator, Min. Sepúlveda Pertence, que acenou com a possibilidade da consideração dos tratados sobre direitos humanos como documentos supralegais. O Ministro Pertence manifestou seu pensamento da seguinte forma:

‘Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMc 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis. Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande freqüência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (...). Se assim é, à primeira vista, parificar 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.” [RHC no 79.785-RJ, Pleno, por maioria, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002, vencidos os ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso (o então Min. Presidente)].’’⁶⁶

⁶⁶ RE n.º 466.343-1 – SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Nesse contexto, as normas de direito internacional que definem os crimes de lesa-humanidade e fixam a sua imprescritibilidade têm caráter supralegal, prevalecendo em relação ao Código Penal brasileiro, independentemente se anterior ou posterior a este. Estanca-se, assim, em definitivo qualquer alegação de estarem prescritos os crimes cometidos por agentes estatais que se caracterizam de lesa-humanidade, à luz do direito interno brasileiro.

Enfatize-se que não há qualquer inovação *post facto* na aplicação contemporânea dos princípios e regras do direito internacional como parte integrante do direito interno brasileiro, pois – em qualquer hipótese – os critérios que (a) qualificam uma conduta como crime de lesa-humanidade e (b) retiram a possibilidade de contagem de prazo prescricional, são anteriores à prática do ilícito. Não se trata de tornar imprescritível o que antes era prescritível, mas sim de reconhecer que – por força do *jus cogens* do direito internacional consuetudinário e de obrigações *erga omnes* em relação a todos os Estados – antes mesmo da edição da instauração da ditadura militar em 1964, já vigorava a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Portanto, não se trata de aplicação retroativa de norma penal ou da relativização de garantias processuais, mas sim de aplicação do direito vigente à época do fato.

7. INOCORRÊNCIA DE ANISTIA PARA OS AGENTES ESTATAIS

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

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

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

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

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

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Com relação ao que efetivamente foi legislado, percebe-se a concessão de anistia para (a) crimes políticos, (b) crimes conexos aos políticos e (c) crimes eleitorais.

De plano afasta-se a figura dos crimes eleitorais, matéria da qual não se trata. Assim, resta pesquisar se os delitos dos agentes estatais envolvidos na repressão podem ser caracterizados como crimes políticos, ou crimes conexos a estes, inclusive com o detalhamento do § 1º, do artigo 1º, da Lei.

Os crimes de homicídio, tortura e desaparecimento forçado, praticados pelos agentes da repressão, não são crimes políticos em sentido estrito.

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

É o que referiu o Min. CELSO DE MELLO, em voto-vista no Recurso Extraordinário nº 160841-2-SP (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, unânime, j. 3/8/95):

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

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

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

Com efeito, essa exigência – de concomitante presença do elemento subjetivo e objetivo para caracterizar o crime político próprio – está claramente estampada nos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.170/83. Muito embora essa não seja a Lei de Segurança Nacional em vigor ao tempo da outorga da anistia, o conceito ali fixado

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

corresponde à teoria mista, já então adotado pela doutrina majoritária e pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, esse conceito de crime político é constitucional, e perpassa todas as legislações ordinárias que tratam do tema.

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

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

Cabe, em seguida, investigar se, eventualmente, os delitos mencionados, praticados pelos agentes da repressão estatal durante a ditadura militar, podem ser considerados crimes conexos aos crimes políticos, “praticados por motivação política” (figura da parte final do *caput* c/c o § 1º).

Inicialmente, deve ser afastada qualquer tentativa de reduzir a proposição normativa a um conteúdo que represente uma suposta anistia a todos e quaisquer crimes praticados por **motivação política**. Ora, se assim fosse, não haveria nenhuma utilidade na figura principal da lei, que consiste na anistia a crimes políticos. Estes, como visto, são delitos que têm, dentre uma das suas características, o elemento subjetivo motivação política.

Assim, se anistiados tivessem sido todos os crimes praticados com motivação política no País, seria absolutamente despicando referir o concomitante benefício aos crimes políticos, pois estes já estão compreendidos nos delitos praticados com motivação política.

É incabível buscar uma interpretação que amesquinhe a proposição principal da norma (a anistia aos crimes políticos puros) para tentar construir tese de que o acessório (crimes conexos com motivação política) é a regra preponderante.

Implicitaria, pois, atribuir ao comando normativo do § 1º conteúdo mais abrangente do que o do *caput*, que deveria apenas delimitar. Nessa absurda hipótese, a norma do parágrafo estaria transformando em letra morta a previsão de anistia a crimes políticos da cabeça do artigo, pois a figura “crimes praticados com motivação política” necessariamente acolhe em seu âmbito os “crimes políticos” puros. Essa artificial interpretação não sobrevive aos mais básicos princípios da hermenêutica jurídica.

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

“**A noção** de criminalidade política é ampla. Os autores costumam analisá-la em face de posições doutrinárias que reduzem a teoria do crime político a

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

um dualismo conceitual, que distingue, **de um lado**, o crime político absoluto ou puro (é o crime político em sentido próprio) e, **de outro**, o crime político relativo ou misto (é o delito em sentido impróprio). **Aquele**, traduzindo-se em ações que atingem a personalidade do Estado, ou que buscam alterar-lhe ou afetar-lhe a ordem política e social (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ‘op. cit.’ [Comentários à Constituição Brasileira, 5^a ed., 1984, Saraiva], p. 609; FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, ‘Princípios Básicos de Direito Penal’, p. 135, item n. 119, 3^a Ed., 1987, Saraiva, ‘*inter plures*’); **este** – o crime político em sentido impróprio – embora exprimindo uma concreta motivação político-social de seu agente, **projeta-se** em comportamentos geradores de uma lesão jurídica de **índole comum**.⁶⁷

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

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

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

De qualquer maneira, os crimes dos agentes estatais não são crimes com motivação política e, sob nenhuma perspectiva, foram anistiados.

Vale dizer, na remota hipótese de se considerar que a Lei anistiou todos os crimes praticados por motivação política, não se pode reconhecer que o benefício abrange os agentes estatais. Ora, a motivação política é um conceito com conteúdo próprio. É dolo específico. Assim, a motivação política está contida na intenção do agente, e compreende o desejo de agir contra a segurança do Estado. É o que bem refere HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, ao se debruçar sobre o conceito de crimes de terrorismo e políticos, nos quais o elemento subjetivo ‘motivação política’ é essencial:

“(Esses delitos) exigem, portanto, no tipo subjetivo, vontade e consciência de praticar a ação que configura o ilícito, com especial fim de agir, o propósito de atentar contra a segurança do Estado (dolo específico).”⁶⁷

Motivação política é a intenção do agente de praticar lesão ou dano, direto ou indireto, à ordem política. Por isso, embora não exista crime político puro no crime de roubo a um banco, quando o produto da ação se destina a financiar ações

⁶⁷ FRAGOSO, Héleno. *Terrorismo e Criminalidade Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 36.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

contra o Estado, reconhece-se a presença da motivação política, diante da intenção dos agentes. Nesses casos, há a mencionada motivação política, mas não o dano potencial ou real a um bem estatal da ordem política.

Os agentes da repressão não agiam com o dolo específico de “atentar contra a segurança do Estado”, ou “inspirados por esse resultado”⁶⁸, mas sim para vitimar os que assim o faziam. Logo, seus crimes não eram impulsionados por motivação política, mas sim para preservar o Estado autoritário. Suas condutas eram norteadas à apuração dos atos da dissidência política e à prevenção de ações consideradas subversivas.

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

Mas, então, qual seria o propósito do § 1º do artigo 1º da Lei de Anistia?

Na verdade, a análise desse dispositivo revela dois objetivos básicos. O primeiro foi esclarecer que apenas os crimes materialmente conexos com os crimes políticos foram anistiados. Os delitos apenas instrumentalmente conexos foram excluídos. O segundo propósito foi esclarecer que os crimes políticos impróprios somente seriam anistiados quando conexos com os crimes políticos puros. Senão vejamos.

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

“Na doutrina, distingue-se conexão *material* (ou *substantiva*), em que as várias infrações estão ligadas por laços circunstanciais, havendo conexão entre os próprios delitos (prevista no artigo 76, I e II) e conexão *processual* (ou *instrumental*), em que não há nexo entre as infrações, mas a prova de uma infração ou de qualquer circunstância elementar influí na de outra.”⁶⁹

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

Em outras palavras, quando há **relação** entre os crimes se concretiza o instituto da **conexão substantiva, também chamada material**. Foi, portanto, aos crimes **materialmente** conexos aos crimes políticos, inclusive quando esse vínculo era dado apenas pela motivação política, que a Lei concedeu anistia.

⁶⁸ HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de direito penal*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1936, p. 35, *apud* SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 66.

⁶⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 173.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Um dos objetivos do § 1º do artigo 1º da Lei foi, dessarte, excluir da anistia os casos de mera conexão probatória.

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

Assim, o preceito do referido parágrafo ao artigo 1º da Lei nº 6.683/79 teve caráter restritivo, na medida em que (1) afastou a anistia nas hipóteses de mera conexão probatória e (2) esclareceu que apenas os crimes políticos puros foram autonomamente anistiados, prevalecendo o benefício aos delitos com motivação política tão somente quando fossem crimes conexos àqueles.

O conteúdo do parágrafo destinou-se, portanto, a delimitar a previsão do *caput*, conforme determina o bom emprego da técnica legislativa. Ao contrário, a interpretação que pretende ver anistiados todos os crimes políticos impróprios inverte o papel do dispositivo, ampliando-o desmedidamente, a ponto de sobrepor a regra geral consagrada na cabeça do artigo.

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

- a) crimes políticos em sentido estrito, ou seja, crimes praticados contra bens do Estado, por motivação política;
- b) crimes eleitorais; e
- c) crimes materialmente conexos aos crimes políticos, inclusive os crimes políticos impróprios ou mistos, que consistem nos crimes praticados com motivação política contra bens jurídicos da sociedade ou do cidadão.

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

Assim, em qualquer hipótese, não se verifica previsão jurídica apta a considerar que os crimes praticados pelos agentes estatais, na repressão aos dissidentes políticos, tenham sido anistiados. Tal interpretação é artificial e não encontra respaldo sequer na própria Lei.⁷⁰

⁷⁰ Igual entendimento é esposado por BICUDO, Helio. Anistia desvirtuada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 53, São Paulo, nº 53, p. 88, mar-abr. 2005. O autor, com precisão, demonstra que não existe conexão material entre os crimes do repressor e os crimes da vítima, mesmo quando estes ‘estimularam’ os excessos daqueles.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Acresça-se, por fim, que uma anistia fundada no conteúdo da vontade do agente (“motivação política”) não dispensaria a persecução penal. Com efeito, somente após a devida apuração do delito e suas circunstâncias concretas é que se pode aferir o elemento volitivo do agente.

A definição, *a priori*, de que todos os crimes perpetrados pelos órgãos da repressão estatal tinham motivação política é inaceitável, pois implicaria imaginar que todos os envolvidos agiam sob o mesmo impulso. A apuração do dolo específico é tópica e contextualizada, o que afasta a possibilidade de seu reconhecimento em caráter genérico.

Logo, na remota hipótese de se poder considerar que, de fato, a Lei nº 6.683/79 logrou conceder anistia pelos crimes perpetrados durante a repressão aos dissidentes políticos da ditadura militar (o que só se considera a título de argumentação), tal circunstância somente terá ocorrido quando comprovada a real motivação de seus atos, o que reclama prévia apuração da materialidade e da autoria.

Assim, essa anistia, ao invés de impedir a investigação criminal, reclamaria a cabal apuração do ilícito, para permitir seja desvendada a presença, ou não, do elemento subjetivo específico.

8. A INVALIDADE JURÍDICA DA AUTO-ANISTIA.

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

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

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

Com efeito, a malsinada “interpretação” da anistia bilateral supõe a **outorga de uma auto-anistia pelas Forças Armadas**, a si mesmas e a seus agentes. Em 1979 o Brasil ainda vivia sob o regime ditatorial militar, que editou a citada Lei de Anistia, a qual – segundo esse forçado entendimento – beneficiaria os membros da própria caserna envolvidos com a prática de crimes na repressão à dissidência política.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

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

Mesmo assim, nos processos relacionados ao tema, a Corte Interamericana julgou essas leis de anistia em branco inválidas e inaplicáveis, condenou os Estados que as tinham emitido e declarou ser a anistia uma violação fundamental ao direito internacional.”⁷¹

Com efeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destacou no Caso “Almonacid Arellanos”:

“107. ... o Secretário Geral das Nações Unidas assinalou que considerando as normas e os princípios das Nações Unidas, os acordos de paz aprovados por ela nunca podem promover anistias por crimes de lesa-humanidade⁷².

108. A adoção e aplicação de leis que outorgam anistia por crimes de lesa-humanidade impede o cumprimento das obrigações assinaladas. O Secretário-Geral das Nações Unidas, em seu informe sobre o estabelecimento do Tribunal Especial para Serra Leoa, afirmou que

‘[a]inda que seja reconhecido que a anistia é um conceito jurídico aceito e uma amostra de paz e reconciliação no fim de uma guerra civil ou de um conflito armado interno, as Nações Unidas mantêm sistematicamente a posição de que a anistia não pode ser concedida com relação a crimes internacionais como o genocídio, os crimes de lesa-humanidade ou as infrações graves do direito internacional humanitário’.⁷³

109. O Secretário-Geral também informou que não se reconheceram efeitos jurídicos à anistia concedida em Serra Leoa, ‘dada a sua ilegalidade

⁷¹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 220.

⁷² Cf. “Informe del Secretario General sobre el Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, S/2004/616, de 3 de agosto de 2004. Par. 10. Referências contidas no original.

⁷³ Cf. “Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona”, S/2000/915, de 4 de octubre de 2000. Par. 22. Referências contidas no original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

conforme o direito internacional⁷⁴. Com efeito, o artigo 10 do Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa dispôs que a anistia concedida a pessoas acusadas de crimes de lesa-humanidade, infrações ao artigo 3 dos Convênios de Genebra e Protocolo Adicional II⁷⁵, assim como outras infrações graves ao direito internacional humanitário, ‘não constituirá um impedimento para [seu] processamento’.”⁷⁶

A matéria foi detalhadamente tratada no já citado Caso “Barrios Alto”, tendo a Corte peremptoriamente afirmado que as leis de auto-anistia deixam as vítimas indefesas e conduzem à perpetuação da impunidade, o que as torna manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana⁷⁷. Há, no dizer da Corte, “manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, carecendo essas leis “de efeitos jurídicos” (parágrafo 44 da decisão, já transcrito acima).

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

“5. As denominadas auto-anistias são, em suma, uma afronta inadmissível ao direito à verdade e ao direito à justiça (passando pelo próprio acesso à justiça)⁷⁸. São elas manifestamente incompatíveis com as obrigações gerais - indissociáveis - dos Estados-Partes na Convenção Americana de respeitar e garantir os direitos humanos por ela protegidos, assegurando o livre e pleno exercício dos mesmos (nos termos do artigo 1(1) da Convenção), assim como de adequar seu direito interno à norma internacional de proteção (nos termos do artigo 2 da Convenção). Ademais, afetam os direitos protegidos pela Convenção, em particular os direitos às garantias judiciais (artigo 8) e à proteção judicial (artigo 25).

6. Há que se levar em conta, em relação às leis de auto-anistia, que sua *legalidade no plano do direito interno*, ao provocar a impunidade e a injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a norma de

⁷⁴ Cf. “Informe del Secretario General sobre el establecimiento de un Tribunal para Sierra Leona”, S/2000/915, 4 de octubre de 2000. Par. 24. Referências contidas no original.

⁷⁵ Cf. “Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)”. Referências contidas no original.

⁷⁶ Tradução livre do texto. Cf. “Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”, *supra* nota 16, Pars. 107-109. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

⁷⁷ Cf. “Caso Barrios Altos Vs. Perú”. “Fondo”, *supra* nota 40, Par. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

⁷⁸ Cf. “Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli”, no Caso “Loayza Tamayo” (“Reparaciones”, Sentença de 27 de novembro de 1998), Série C, n.º 42, Par. 2-4; e cf. “L. Joinet (rapporteur)”, “La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Informe Final, ONU/Comisión de Derechos Humanos”, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, de 26 de junho de 1997, p. 1-34. Referências contidas no texto original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações *de jure* dos direitos da pessoa humana. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos coloca em destaque o fato de que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno é também no ordenamento jurídico internacional, sobretudo quando estão em jogo valores superiores (como a verdade e a justiça). Na realidade, o que denomina leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis de auto-anistia, ainda que se considerem leis sob um determinado ordenamento jurídico interno, *não são* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.”⁷⁹

As auto-anistias são artifícios de impunidade, mediante os quais os perpetradores de violações aos direitos humanos se concedem imunidade penal pelos atos que cometeram. Ora, é evidente que ao próprio regime que pratica – ou praticava – a violação não cabe a iniciativa de se auto-perdoar. Essa conduta atenta flagrantemente contra as premissas básicas do Estado de Direito republicano (responsabilidade e verdade).

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

“Tudo isto não significa que amnistias ou disposições legais semelhantes à amnistia (as chamadas ‘leis da impunidade’) sejam de excluir em todas as circunstâncias: por um lado elas são legalmente permitidas, por meio do art. 6º, 5, do Segundo Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, uma vez terminadas as hostilidades e com o objectivo da reconciliação nacional; além disso, elas pertencem de facto à prática corrente – importante no direito internacional e confirmada pela ONU – dos Estados, no quadro da pacificação nacional (...), seja na África do Sul, em El Salvador ou na Guatemala. Contudo, e de qualquer forma, podemos inferir que essas leis se encontram submetidas a limites relativamente claros impostos pelo direito penal internacional. Uma amnistia geral, no caso de graves violações de direitos humanos (a violação do direito à vida e à integridade física), e que, além disso, favoreça as forças de segurança do Estado só pode ser qualificada como contrária ao direito internacional.”⁸⁰

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

“Um primeiro ponto que deve ser reforçado é a distinção entre: (i) leis de anistia oferecidas pelos Estados aos seus opositores, normalmente por

⁷⁹ Tradução livre do texto. Cf. “Caso Barrios Altos Vs. Perú”. “Voto Juez Cançado Trindade”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancado_75_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

⁸⁰ AMBOS, Kai. Op. cit., p. 76. Grafia conforme o original.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

crimes políticos, e (ii) aquelas que concedem imunidade ao próprio Estado pelos atos cometidos por seus agentes. Conforme visto anteriormente, o entendimento é de que apenas o primeiro caso encontra-se no rol dos direitos do Estado, devido ao seu papel de vítima da agressão e de garantidor das leis penais estatais, e esse direito não deveria se estender a situações nas quais o próprio Estado, por meio dos seus agentes, é o perpetrador das violações.

Acrescente-se também que, conforme analisado no capítulo referente aos princípios de direito diante das anistias, referidas leis, que liberam de julgamento as condutas cumpridas sob o comando do Estado, permitem ao Estado julgar o seu próprio caso, um resultado inconsistente com os princípios gerais de direito que proíbem o auto-julgamento. Esse princípio deveria ser aplicável em casos de auto-anistias concedidas por um governo para as suas próprias forças: tais anistias configuram-se em uma versão simplificada de auto-julgamento (ainda que em sentido figurado, pois nenhum julgamento de fato é permitido nestes casos) e, portanto, estariam proibidas pelos princípios gerais de direito.”⁸¹

Da mesma forma que explicitado acima no item relativo à incorreção da prescrição, vale frisar que **a proibição às auto-anistias está contida nos preceitos do *jus cogens*, os quais impedem os Estados participantes da comunidade internacional de adotarem disposições legislativas “que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade”**.⁸²

Portanto, a Lei n.º 6.683/79, se realmente veiculasse hipótese de anistia aos agentes estatais que atuaram na repressão, afrontaria preceitos cogentes do direito internacional, de observância obrigatória (obrigação *erga omnes*). Preceitos aos quais o Brasil se vinculou desde 1914, com a ratificação da Convenção de Haia de 1907, ou ainda em 1945, com a ratificação da Carta das Nações Unidas.

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

⁸¹ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. Op. cit., p. 171.

⁸² Cf. O.N.U., “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad”. Resolución n.º 3074 (XXVIII). Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 de set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Assim, a exemplo do que já foi esclarecido acima, relativamente à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, esses delitos não são passíveis de anistia e, principalmente, de **auto-anistia**. O direito internacional incorporado ao sistema jurídico brasileiro é incompatível com esses instrumentos de impunidade e esquecimento, impedindo que normas dessa espécie tenham validade. O legislador brasileiro não detinha – e não detém – competência para anistiar agentes estatais perpetradores de violações aos direitos humanos.

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

Conclui-se, pois, que se existissem preceitos veiculadores de auto-anistia na Lei n.^o 6.683/79, eles não seriam aplicáveis, diante dos vícios apontados, que estariam presentes desde a edição da Lei.

9. CONCLUSÃO

Em decorrência dos vários aspectos analisados, pode-se concluir que crimes de homicídio, lesão corporal (torturas) e seqüestro (desaparecimento forçado) perpetrados pelos órgãos de repressão à dissidência política durante o regime de ditadura militar no Brasil, no período de 1964 a 1985, podem ser reputados crimes contra a humanidade, conforme parâmetros da Organização das Nações Unidas, da Corte Internacional de Justiça e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

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

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

O assassinato de VLADIMIR HERZOG é um dos casos para os quais se impõe a imediata persecução penal.

São Paulo, 3 de dezembro de 2007.

MARLON ALBERTO WEICHERT

PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

Versão retificada em 6/12/07, em decorrência de erro material.