

A RESPONSABILIZAÇÃO PELO DESAPARECIMENTO FORÇADO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: O CASO DA GUERRILHA DO ARAGUAIA

LA RESPONSABILIZACIÓN POR LA DESAPARICIÓN FORZADA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEÑO: EL CASO DE LA GUERRILLA DE ARAGUAIA

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Shana Marques Prado Dos Santos

RESUMO

O presente artigo aborda o fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas como um crime contra a humanidade e analisa a possibilidade de responsabilizar agentes do Estado pela prática desse delito no contexto da ditadura militar brasileira de 1964. Na primeira etapa são analisadas as normas internacionais protetivas dos bens jurídicos afetados pelo desaparecimento e as que objetivam prevenir e reprimir sua ocorrência. A partir dos tratados ratificados pelo Brasil, são esclarecidas suas obrigações internacionais referentes a este tema. Em seguida, um exame da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre o desaparecimento forçado revela as hipóteses de responsabilidade internacional de um Estado. Complementando esta fase, o trabalho traz a decisão da Corte Interamericana sobre o caso Guerrilha do Araguaia e pondera sobre as posições adotadas no Brasil para a responsabilização dos indivíduos. Por fim, são investigados aspectos do ordenamento interno brasileiro, que obstaculizariam uma responsabilização criminal, para concluir sobre a possibilidade de responsabilização pessoal dos agentes da ditadura.

PALAVRAS-CHAVES: CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. DIREITOS HUMANOS. DESAPARECIMENTO FORÇADO.

RESUMEN

El presente artículo aborda el fenómeno de la desaparición forzada de personas como un crimen contra la humanidad y analiza la posibilidad de responsabilizar a los agentes del Estado por su práctica en el contexto de la dictadura militar de Brasil en 1964. En la primera etapa se presentan las normas internacionales protectoras de los bienes jurídicos que resultan afectados por la desaparición y las que objetivan prevenir y suprimir su ocurrencia. A partir de los tratados ratificados por Brasil, se aclaran sus obligaciones internacionales a respecto del tema. Luego, un examen de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre la desaparición forzada revela las hipótesis de responsabilidad internacional de un Estado. Complementando esta fase, el trabajo aporta a la decisión de la Corte Interamericana en el caso de la Guerrilla de Araguaia y reflexiona sobre las posiciones adoptadas por Brasil acerca de las responsabilidades individuales. En su última parte, se investigan aspectos del ordenamiento interno brasileño, naturaleza penal obstaculizarían la responsabilidad penal, para finalmente concluirse sobre la posibilidad de la responsabilidad individuales de los agentes de la dictadura.

PALABRAS-CLAVE: CRÍMENES DE LESA-HUMANIDAD. DERECHOS HUMANOS. DESAPARICIÓN FORZADA.

Introdução

Em uma época cuja observância dos Direitos Humanos é tida como base do Estado democrático de direito brasileiro, o debate sobre a responsabilização pelas graves violações de direitos humanos cometidas durante a ditadura militar de 1964 se mostra necessário. Dentre as práticas mais cruéis perpetradas pelas forças repressivas do Estado figura o desaparecimento forçado de opositores políticos. Apesar de ser um fenômeno que não se limita geograficamente aos países latino americanos e nem temporalmente, o trabalho se propõe a averiguar se, atualmente, é juridicamente possível apurar as condutas praticadas à época do regime de exceção brasileiro de 1964.

Avanços e retrocessos tem sido percebidos também no Judiciário brasileiro e internacional. Não obstante o STF ter julgado, em 2008, a ADPF nº 153 decidindo pela constitucionalidade do § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683/1979 – a Lei de Anistia – e impossibilidade de condenação pelos crimes anistiados nesta lei, o Ministério Público se destacou numa série de iniciativas.

No final de 2010, com a prolação da sentença do Caso Gomes Lund vs. Brasil (“Guerrilha do Araguaia”) na Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi declarada a responsabilidade internacional do Brasil pela omissão na investigação dos crimes praticados contra os militantes políticos de oposição por agentes do exército brasileiro. Assim, decorrido mais de um ano da condenação, deve ser verificada como se deu a implementação da sentença.

Com esse objetivo, na perspectiva interdisciplinar, entre o Direito Internacional Público, os Direitos Humanos e Direito Penal, serão analisados tratados internacionais e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para se determinar a extensão das obrigações do Estado Brasileiro no enfrentamento da questão do desaparecimento forçado. Neste contexto, será estudada a compatibilidade do ordenamento interno com o internacional em relação à investigação de atos de desaparecimento forçado para se verificar as possibilidades jurídicas de responsabilização de indivíduos por tais atos.

I - O Desaparecimento Forçado no Direito Internacional

A definição de “desaparecimento forçado” varia conforme o instrumento jurídico analisado¹, mas a partir de elementos constitutivos comuns às diversas definições pode-se extrair o seguinte conceito: é a privação de liberdade de uma pessoa, por agentes governamentais ou particulares que atuam com o consentimento estatal expresso ou tácito, seguida da negativa de revelar o paradeiro da vítima ou de reconhecer a sua detenção. A pessoa sujeita ao arbítrio de seus apreensores acaba em uma situação de completa vulnerabilidade, pois é subtraída de qualquer proteção legal e privada de todos os seus direitos.² Mesmo quando sobrevivem ao episódio, podem carregar por muito tempo marcas psicológicas e físicas da violência que geralmente associam-se a este tipo de delito.³

¹ Foram analisadas: a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; e o Estatuto de Roma.

² São diretamente violados os direitos: à vida – quando a pessoa é morta – à integridade pessoal, ao reconhecimento à personalidade jurídica, à liberdade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial.

³ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Folleto Informativo no. 6.** Rev. 3. Ginebra: ONU, 2009. p. 1 – 2.

Além da vítima direta das violações, os familiares têm seus direitos: à verdade, à memória, à informação e à integridade pessoal violados, pois “O silêncio e o esquecimento introduzidos pelo terror do *desaparecimento* criam uma situação sem fim, perpetuando a tortura que é viver a ausência dos corpos e de informações dos parentes e pessoas queridas”.⁴ Soma-se à impossibilidade de luto e de superação da perda, a intensa opressão que sofreram às tentativas de esclarecer o destino dos desaparecidos, gerando medo e uma sensação de isolamento.⁵ Outros direitos também acabam infringidos a partir desta prática desumanizadora – como o acesso à educação e à saúde – à medida que o desaparecido, comumente, contribuía para o sustento do núcleo familiar, gerando a sua ausência dificuldades financeiras àquela casa.⁶

A proteção do homem hoje é fortalecida pela aplicação simultânea e convergente das três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados. As normas de Direito Humanitário objetivam, sobretudo, limitar os efeitos dos conflitos armados, enquanto que a IV Convenção de Genebra de 1949, e o primeiro Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, de 1977, marcam a preocupação dos Estados signatários proteger os cidadãos durante um conflito armado. Além disso, a criação do Tribunal de Nuremberg para julgamento das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial foi fundamental para punir práticas inadmissíveis para a humanidade.

Muito embora os tratados de Direito Humanitário tenham contribuído histórica e juridicamente para a positivação do crime de desaparecimento forçado, merecem ainda mais destaque outros instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷ que positivaram direitos e reconheceram liberdades inerentes à condição humana, ao resguardar o homem contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário.⁸

A partir desses instrumentos genéricos, se mostrava essencial que a comunidade internacional regulasse especificamente as obrigações dos Estados na prevenção e repressão da prática do

⁴ SANTOS, C. M.; TELES, E. e TELES, J. A. **Desarquivando a Ditadura: Memória e Justiça no Brasil**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009. (vol. I). p. 154.

⁵ TELES, E.; SAFATLE, V. **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 257.

⁶ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Op. cit., loc. cit.

⁷ Como: a Declaração Americana de Direitos e Deveres (1948), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966) e o Pacto de São José da Costa Rica (1969).

⁸ TRINDADE, A. A. C. Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos. In: Medeiros, A. P. C. (Org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: 2007. p. 210.

desaparecimento forçado, tendo sido editada a Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados⁹, que enumera os direitos violados do desaparecido e de sua família, determinando que nenhum Estado deverá cometê-lo, autorizá-lo ou tolerá-lo, devendo ser adotadas todas as medidas cabíveis à sua prevenção e erradicação. Além disso, o documento declara como necessárias a implementação de medidas que assegurem a denúncia, investigação, persecução e responsabilização efetiva deste crime sob a justiça criminal comum – em oposição à militar –, sendo o delito considerado um crime continuado. Por último são estabelecidos deveres de reparação às vítimas e seus familiares.

Apenas dois anos depois, foi elaborada a Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento forçado de pessoas (1994).¹⁰ Apesar de seguir os preceitos estabelecidos na Declaração de 1992, a Convenção Interamericana inova ao determinar que a ação penal decorrente deste crime não está sujeita à prescrição e que se, por obstáculos legais fundamentais, não for possível aplicar a imprescritibilidade do delito, o prazo deverá ser o equivalente ao maior previsto na legislação do país.¹¹

Outro momento de relevo é o desenvolvimento do conceito de responsabilização internacional do indivíduo, a partir do Tribunal de Nuremberg até a recente criação do Tribunal Penal Internacional, tendo sido positivada em 1998 a possibilidade de sancionar pessoas pelo mais graves crimes contra a humanidade, dentre eles o crime de desaparecimento forçado.¹²

Em 2003, a Comissão de Direitos Humanos da ONU iniciou a redação de um tratado sobre o mesmo tema, adotando, em 2006, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento forçado.¹³ Este tratado se diferencia do seu anterior por vedar que se invoque qualquer circunstância como justificativa para a comissão do

⁹ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 47/133 de 18 de dezembro de 1992.

¹⁰ Em abril de 2011, o Congresso Nacional Brasileiro aprovou, através do Decreto Legislativo 127, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

¹¹ Artigo VII.

¹² O crime contra a humanidade de desaparecimento forçado de pessoas é previsto no Artigo 7.º (1) (i) do Estatuto de Roma e conceituado no Artigo 7.º (2) (i) como “a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

¹³ O Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção Internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas por meio do Decreto Legislativo n. 661/2010, mas o Poder Executivo até hoje não promulgou o texto.

desaparecimento (artigo 1º), e determinar expressamente que a contagem do prazo da prescrição, caso exista na legislação do país, deve ser iniciada a partir do momento em que cessar o desaparecimento (artigo 8º).

Observando-se o desenvolvimento das normas internacionais de direito humanitário e de direitos humanos, são perceptíveis os esforços globais para prevenir, pelo menos no plano normativo, a prática do desaparecimento forçado, em especial nas duas últimas décadas. Vale lembrar que o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional a criar uma rede de prevenção e repressão ao crime de desaparecimento. No entanto, em que pese o fato de que o País tenha assinado as duas convenções internacionais sobre o tema (interamericana e internacional), e ambos os textos tenham sido aprovados pelo Congresso Nacional é de se destacar que as convenções até hoje não foram internalizadas, o que depende de ato do Poder Executivo para promulga-las internamente, nem mesmo foi tipificado, no direito penal brasileiro tal conduta. Além disso, a questão da prescrição para esses crimes ainda é um ponto a ser discutido pelo STF.¹⁴

II - O Desaparecimento Forçado nas Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

As guerras civis e ditaduras que assolaram a América Latina, nos últimos 50 anos, deixaram um legado de graves violações de direitos humanos e de crimes contra a humanidade. Entretanto, até hoje, os níveis de esclarecimento, responsabilização e reparação não atingiram um patamar satisfatório frente aos parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Como justificativa para a falta de atuação efetiva na investigação dos ilícitos ocorridos, alguns Estados apontam empecilhos jurídicos, políticos e práticos¹⁵, mas a Corte Interamericana de Direitos Humanos já firmou um entendimento consolidado sobre quais seriam as obrigações de um Estado frente tais violações de direitos humanos.

¹⁴ Na ADF 153, a OAB recentemente entrou com um embargo de declaração, ainda pendente de julgamento pelo STF.

¹⁵ CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL. **A dívida pendente com a justiça e a verdade no contexto das graves violações de direitos humanos e dos crimes contra a humanidade nas Américas**. Editorial CEJIL: 2008.

Nos três primeiros casos julgados pela Corte Interamericana¹⁶ foi reconhecida a existência, no em Honduras, de uma prática sistemática e seletiva de desaparecimentos, com amparo ou tolerância do poder público entre 1981 e 1984. Desde então, inúmeros casos foram julgados sobre a temática, estabelecendo-se importantes marcos sobre o conceito desse crime, a responsabilidade internacional do Estado em relação à sua ocorrência e formas de reparação.

Em seu primeiro julgamento de mérito, a Corte considerou que o fenômeno do desaparecimento é uma forma complexa de violação de direitos humanos que fere de maneira múltipla e contínua diversos direitos reconhecidos na Convenção, e declarou que o sequestro desrespeita o artigo 7º da CADH, ao privar arbitrariamente a liberdade de alguém, impedir seu acesso a um juiz e a recursos capazes de controlar a legalidade da sua prisão.¹⁷ Além disso, o artigo 5º da Convenção seria violado em virtude das torturas aplicadas e do isolamento prolongado da vítima, que representariam um tratamento cruel e desumano lesivo à sua liberdade psíquica e moral e dignidade humana. As frequentes execuções dos detidos e ocultação de seus corpos constituiriam a inobservância do direito à vida, tutelado pelo artigo 4º do tratado.

No Caso Godínez Cruz, sobre o desaparecimento de um professor após ser detido por um homem com uniforme militar e dois civis, a Corte Interamericana reconheceu que o Estado tem o direito e o dever de garantir sua própria segurança, mas estabelece que ele não pode valer-se de qualquer procedimento para alcançar seus objetivos, devendo suas atividades orientarem-se pelo respeito à dignidade humana.¹⁸

Alguns anos depois, no caso Blake Vs. Guatemala o Tribunal se pronunciou sobre o caráter permanente e continuado do desaparecimento forçado, invocando a Declaração da ONU sobre o Desaparecimento forçado de Pessoas e a Convenção Interamericana de 1994 e os princípios delas decorrentes, indicando ser o crime permanente, ou continuado, enquanto não for determinado o destino da vítima.¹⁹

Até o caso Bámaca Velásquez, a Corte entendia que o desaparecimento tinha o condão de violar indiretamente vários artigos da CADH, entre eles o que previa o direito à personalidade

¹⁶ Velásquez Rodríguez; Fairén Garbi y Solís Corrales e Godínez Cruz.

¹⁷ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. §150,154.

¹⁸ Id. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras**. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Serie C No. 5. §162

¹⁹ Id. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Exceções Preliminares. Sentença de 2 de julho de 1996. Serie C No. 27. § 36 e 37.

jurídica, não havendo uma violação direta deste artigo²⁰. Esta posição foi reconsiderada na sentença *Anzualdo Castro vs. Peru*, admitindo-se finalmente que o desaparecimento subtrai a pessoa do ordenamento jurídico, impedindo o gozo dos direitos dos quais é titular e negando a existência da vítima.²¹

Em 2008, a jurisprudência interamericana passou a utilizar também outros instrumentos internacionais como parâmetros nos casos de desaparecimento – a Convenção da ONU sobre este crime e o Estatuto de Roma. A Corte declarou, no caso *Heliodoro Portugal*, que a responsabilidade internacional do Estado pode ser agravada se constatada a prática sistemática aplicada ou tolerada pelo mesmo, pois seria considerado um crime contra a humanidade.²²

O dever do Estado de tipificar o crime de desaparecimento forçado foi pleiteada diversas vezes pela Comissão Interamericana, principalmente após a elaboração de outros tratados específicos sobre a matéria que exigiram a responsabilização do indivíduo. No caso *Gómez Palomino* foi reafirmado o caráter grave, complexo e indivisível deste delito, tendo a Corte ressaltado a importância de tipificá-lo no direito interno dos países, não obstante já existirem normas relacionadas ao homicídio, sequestro, tortura, entre outros.²³

Em *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, relembrou-se o princípio de que os Estados devem adequar seu direito interno aos tratados internacionais celebrados.²⁴ Para a Corte é obrigatória a tipificação como delito autônomo a partir do momento em que o Estado se vincula à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento forçado. A fim de se evitar a impunidade, a norma que criará o crime deverá observar os elementos estabelecidos como mínimos a nível internacional. Em atenção ao artigo II da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento, o tipo deve levar em conta os seguintes parâmetros: a desnecessidade de a privação da liberdade ser ilegal, a negativa de fornecer informações sobre o paradeiro da pessoa, a negativa de reconhecimento da privação de liberdade, a proporcionalidade da pena cominada, e a natureza continuada do delito.

²⁰ Loc. cit.

²¹ Id. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú**. Sentença de 22 de Setembro de 2009. Serie C No. 202. § 57; Corte IDH. **Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina**. Sentença de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229 § 105.

²² Id. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Sentença de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, § 118.

²³ Id. **Caso Gómez Palomino Vs. Perú**. Op. it §92.

²⁴ Id. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Op cit § 179

Desde a sua primeira demanda, a Corte Interamericana determinou que o Estado tem o dever de prevenir razoavelmente e investigar seriamente as violações de direitos humanos que tenham sido cometidas no âmbito de sua jurisdição, além de assegurar à vítima uma reparação adequada²⁵, obrigações que decorrem do exposto no artigo 1.1 da Convenção Americana: o compromisso de organização do aparato governamental e de todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, para que possam assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos.²⁶

No dever de prevenção, incluem-se as medidas jurídicas, políticas, administrativas e culturais que assegurem que as violações de direitos humanos serão consideradas fatos ilícitos, com obrigação de indenizar a vítima. Quanto ao dever de investigar, este também é uma obrigação de meio e não de resultado. Contudo, por mais que haja dificuldades para prevenir e investigar violações de direitos humanos de forma satisfatória, é necessário que o Estado empregue seus esforços diligentemente para não incorrer em descumprimento do Pacto de São José²⁷, devendo ser investigados tanto os autores materiais quanto os intelectuais e partícipes.²⁸

Especificamente em relação ao desaparecimento, o dever de investigar se mantém durante o período em que se tenha incerteza sobre o destino final da vítima, mesmo que seja impossível responsabilizar alguém pelo crime em virtude daquele ordenamento jurídico. Isto porque, como já afirmado, os familiares têm o direito de conhecer seu paradeiro e a localização de seus restos e o Estado deve satisfazer esta expectativa justa com todos os meios ao seu alcance.²⁹ Além disso, no caso *Anzualdo Castro vs. Peru*, a Corte decidiu que toda vez que haja motivos razoáveis para suspeitar-se que alguém foi submetido ao desaparecimento forçado, o Estado deve iniciar uma investigação de ofício.³⁰

Entende-se, também, que como este fenômeno subtrai a vítima da proteção da lei, os seus familiares têm o direito de que o desaparecimento seja investigado, seus responsáveis

²⁵ Id. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. §174.

²⁶ CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL. **A dívida pendente com a justiça e a verdade no contexto das graves violações de direitos humanos e dos crimes contra a humanidade nas Américas**. Editorial CEJIL: 2008. p.3.

²⁷ CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. § 176, 177.

²⁸ Id. **Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia**. Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C No. 134.

²⁹ Id. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. § 181; e CORTE IDH. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras**. Fondo. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Serie C No. 5. §191.

³⁰ Id. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú**. Sentença de 22 de Setembro de 2009. §65.

processados e sancionados pertinentemente e, ao final, de serem indenizados pelos danos sofridos.³¹

Relembrando o dever dos Estados de adotar medidas para adequar a sua legislação às suas obrigações internacionais, a Corte determinou no caso *Heliodoro Portugal* a supressão de normas e práticas que violem as garantias previstas na CADH. Foi afirmado que, para isto, os operadores da justiça devem realizar o controle de convencionalidade, velando pelos efeitos dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos.³² Assim, quando o legislativo falha na sua tarefa de produzir leis compatíveis à Convenção Americana e de revogar as incompatíveis, o Judiciário ainda estaria vinculado ao dever de garantir os direitos tutelados neste tratado, devendo abster-se de aplicar qualquer norma contrária a ele.³³

A obrigação estatal de sancionar graves violações de direitos humanos implica na luta contra a impunidade e na não aplicação de figuras que excluiriam a responsabilidade individual do perpetrador do desaparecimento, ou que diminuam os efeitos da sentença condenatória.³⁴ Seguindo este raciocínio, a Corte declarou, no caso *Barrios Altos*, que as disposições de anistia, prescrição e demais excludentes de responsabilidade impeditivas da apuração e persecução penal das graves violações de direitos humanos – como o desaparecimento forçado e execuções sumárias – são proibidas por irem contra direitos inderrogáveis previstos no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estes tipos de leis, ao impediriam os familiares e vítimas de conhecerem a verdade e de receberem as reparações correspondentes, são incompatíveis com as obrigações interamericanas assumidas pelos Estados e, por esta razão, carecem de efeitos jurídicos.³⁵ Tal entendimento foi reiterado na jurisprudência da Corte em outras demandas, como *La Cantuta* e *Anzualdo Castro*, ambos contra o Peru.

Em outro processo, no caso *Almonacid-Arellano y otros vs. Chile*, sobre a falta de investigação e reparação da execução extrajudicial do Sr. Luis Alfredo, foi decidido que o Chile não poderia negligenciar seu dever de investigar, identificar e punir os responsáveis em virtude de sua Lei de Anistia. Os magistrados declararam que os crimes contra a humanidade

³¹ Id. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Fondo. Sentencia de 24 de janeiro de 1998. Serie C No. 36. § 97

³² Id. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá**. Sentença de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, § 179 e 180.

³³ Id. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154. § 123.

³⁴ CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL - **Justicia y paz en Colombia: El derecho a la verdad, la justicia y la reparación**. San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2006.

³⁵ Corte IDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Serie C No. 75. § 41 – 44.

não são passíveis de anistia, e as disposições legais em sentido contrário constituem uma violação *per se* da CADH³⁶, em razão de sua finalidade e efeitos: deixar impunes graves violações de direitos internacionais.³⁷ Desta forma, a Lei de Caducidade uruguaia, analisada no caso Gelman, não seria automaticamente legítima pelo simples fato de ter sido respaldada pela população em um plebiscito e um referendo, uma vez que a proteção dos direitos humanos constituiriam um limite inderrogável.³⁸

Pronunciando-se sobre o princípio da coisa julgada e *non bis in idem*, na sentença La Cantuta vs. Perú, a Corte decidiu não serem aplicáveis quando produzem uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”.³⁹

Apresentado o entendimento dominante no Sistema Interamericano sobre o dever dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que diz respeito a essas graves violações de direitos, passa-se ao exame do primeiro e único caso brasileiro no Sistema, que ficou conhecido como “Guerrilha do Araguaia”.

A denúncia⁴⁰ se refere ao desaparecimento forçado de setenta pessoas, como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975, com o objetivo de erradicar o movimento denominado Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar brasileira (1964-1985).

Os pleitos dos representantes giraram principalmente em torno de quatro questões: o desaparecimento forçado das vítimas e a impunidade em relação aos fatos, a falta de investigação e devida diligência nos recursos judiciais de âmbito interno em decorrência da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/79), as restrições indevidas ao direito de acesso à informação e o direito à verdade, e o sofrimento dos familiares das vítimas desaparecidas. As considerações que se fará nesse momento se limitarão às decisões relativas aos dois primeiros aspectos e suas violações.

Analisando o contexto histórico dos fatos ocorridos no presente caso, a Corte reconheceu que, a partir de 1964, existiu no Brasil um regime militar caracterizado “pela instalação de um

³⁶ Id. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154. §114 e 119.

³⁷ Id. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 Serie C No. 221 §229.

³⁸ Ibid. §239

³⁹ Ibid. §153.

⁴⁰ Enviada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas à Comissão Interamericana em agosto de 95 foi decidida pela Corte em 24 de novembro de 2010.

aparelho repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”. Entre 1969 e 1974 houve uma escalada extremada na violência empreendida pelo regime contra a resistência política armada e, após 1974, a regra predominante era o desaparecimento de presos políticos, e não a assunção de suas mortes. Neste cenário, membros do Partido Comunista do Brasil deslocaram-se, em 1966, para a margem esquerda do Rio Araguaia (PA)⁴¹ e criaram um movimento de resistência armado denominado Guerrilha do Araguaia, para combater a ditadura através de um exército popular de libertação.

Durante 1972 e nos três anos seguintes, foram empreendidas campanhas de informação e repressão pelas Forças Armadas, Polícia Federal e Militar, com um contingente de entre três e dez mil homens contra aproximadamente setenta guerrilheiros. Inicialmente as forças de segurança identificavam e sepultavam os mortos na selva, e não assassinavam os detidos. Entretanto, sob ordens do general Médici, a estratégia mudou para “eliminação” dos capturados e de seus corpos, seguida pela negativa de existência do movimento, que após 1974 não contava com nenhum sobrevivente na região.

Reiterando sua jurisprudência sobre o tema, a Corte Interamericana lembrou que o desaparecimento forçado possui uma pluralidade de condutas voltadas para o mesmo fim e que violam permanentemente – enquanto não cessado o desaparecimento – e de maneira múltipla, vários direitos amparados pela Convenção Americana.⁴²

Foi ressaltado que até hoje apenas duas pessoas tiveram seus restos mortais identificados e que, mesmo não tendo sido demonstrados os atos de tortura e privação da vida neste caso concreto, tais condutas normalmente estão associadas ao desaparecimento. Além disso, a ocultação do cadáver significaria uma violação do direito à vida, a subtração da vítima da ordem jurídica e a falta de investigação, conforme sua jurisprudência.

Apesar de a responsabilidade estatal sobre os desaparecimentos forçados não ser controversa, o Estado brasileiro contestou a incompatibilidade da Lei de Anistia de 1979 às obrigações impostas pela CADH, defendeu a manutenção de seus efeitos jurídicos, declarou que a concessão da Anistia se justificava pelo contexto de sua aprovação, e defendeu que a anistia aos dois lados do conflito foi importante para a reconciliação nacional.⁴³

⁴¹ ARNS, P. E. **Brasil: Nunca Mais**. Vozes. 2003, p. 270.

⁴² Corte IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. §104.

⁴³ Ibid. §130.

Sobre a Lei de Anistia, a Corte lembrou sua jurisprudência declarando expressamente sua incompatibilidade no caso de graves violações de direitos humanos e mencionou decisões de todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e de diversas altas cortes nacionais da região, que já se pronunciaram a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos, tendo concluído que essas leis geram um descumprimento do dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

A CIDH considerou que, apesar de as autoridades internas estarem sujeitas à lei, elas também devem fazer um controle de convencionalidade, o que não foi feito pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, ao confirmar a validade da Lei de Anistia, tendo decorrido daí a negativa de acesso à justiça dos familiares das vítimas.

Outros obstáculos no ordenamento brasileiro foram apontados, tais como: a prescrição, a ausência de tipificação do delito de desaparecimento forçado e a intervenção da justiça militar. Em nome da segurança jurídica, o Estado brasileiro argumentou que o costume internacional não poderia ser considerado fonte criadora de normas penais, prevalecendo o princípio da legalidade, nesta situação de colisão com a obrigação de respeitar os direitos da CADH.

Com relação a este ponto, cumpre observar que, ao internalizar a CADH, o Brasil assumiu internacionalmente o dever de adotar as medidas necessárias a nível nacional, a fim de garantir que os dispositivos deste tratado fossem respeitados, o que significa não se omitir frente as violações de diversos artigos do Pacto de São José. Soma-se também o compromisso assumido pelo Brasil ao assinar a Convenção Internacional sobre Desaparecimento forçado de não iniciar a contagem da prescrição enquanto restar desconhecido o paradeiro da vítima.

A sentença da Corte Interamericana confirma este raciocínio ao reforçar o entendimento que este ilícito continua sendo praticado, pois seus efeitos não cessam enquanto o paradeiro da vítima continuar desconhecido, não havendo, portanto, aplicação retroativa do crime de desaparecimento.

Ademais, os magistrados entenderam que em razão de os fatos transcenderem o âmbito temporal da Lei de Anistia – por seu caráter permanente ou contínuo – a responsabilização pelo delito de desaparecimento não seria um desrespeito à irretroatividade. Decidindo pela existência de responsabilidade internacional do Brasil a Corte ordenou que o país reparasse os danos adequadamente através de uma série de medidas.

Dentre as mais relevantes, se pode estacar a obrigação de investigar penalmente os fatos do caso para esclarecê-los e aplicar as sanções previstas em lei. O Tribunal estabeleceu que o delito de desaparecimento forçado de pessoas deve ser tipificado, mas enquanto essa medida não é cumprida, devem ser adotados mecanismos existentes no direito interno para as punições cabíveis.

III - Obstáculos Jurídicos à Responsabilização pelo Delito no Brasil

Os tratados internacionais de direitos humanos atribuem ao Estado o dever de não deixar impune graves violações aos bens jurídicos mais preciosos de sua população – suas liberdades e garantias fundamentais. Entretanto, a limitação do exercício de seu *ius puniendi* em relação ao cidadão também é indispensável em um Estado Democrático de Direito, podendo haver um conflito entre essas duas obrigações.

É, portanto, imprescindível o exame das questões jurídicas no direito brasileiro que impediriam a responsabilização pelo crime de desaparecimento forçado e avaliar se essas dificuldades podem ser ultrapassadas em nome dos compromissos relacionados à proteção internacional dos direitos humanos. Especificamente, será explorado o debate acerca da tipificação do desaparecimento forçado, da Lei de Anistia e da Prescrição.

Considerando as obrigações internacionais contraídas pelo Brasil, é evidente que o país não está em conformidade com estas por não ter tipificado o crime de desaparecimento forçado, como bem declarou a Corte Interamericana. Cumpre observar que, à época do regime militar, as condutas já constituíam um ilícito internacional, em virtude dos instrumentos de direitos humanos que reconheciam e tutelavam os bens jurídicos afetados – como as Declarações Universal e Americana de 1948 e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 66, e, ainda, devido à classificação destes atos como Crime contra a Humanidade, desde o Tribunal de Nuremberg.⁴⁴

No entanto, como a nossa legislação penal ainda não prevê um tipo que considere todos os elementos estabelecidos internacionalmente como constitutivos do desaparecimento forçado,

⁴⁴ CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. Op. cit. p. 11-17.

devem ser estudados os crimes já tipificados durante o regime militar, hipótese que é defendida atualmente pela Procuradoria da República de São Paulo.⁴⁵

Assim, sem prejuízo de outros tipos que poderiam ser utilizados, dependendo do caso concreto, os que despontam como mais óbvios de aplicação já por estarem previstos na legislação penal desde então e proibirem ações e omissões que compõem o desaparecimento forçado, são: Sequestro (artigo 148, *caput* do Código Penal), Abuso de poder (artigo 4º da Lei 4.898/65) – se quem privou a liberdade da vítima era funcionário público, falsidade ideológica (artigo 299, *caput*, CP), lesão corporal (artigo 129, *caput*, CP), e, nos casos que culminaram na morte da vítima, homicídio (artigo 121, *caput*, CP) e destruição, subtração ou ocultação de cadáver (artigo 211, *caput*, CP), tendo em vista que, sem este não há o paradeiro desconhecido da vítima por um período de tempo.

Com respeito às medidas judiciais implementadas pelo Estado Brasileiro para a responsabilização criminal pelos tipos mencionados, observa-se que as iniciativas foram tomadas por parte do Ministério Público Federal e MP Militar. A título de exemplificação podem ser citados: o ajuizamento uma Ação Civil Pública⁴⁶ pelo MPF/SP em face dos comandantes do DOI/CODI de São Paulo durante 1970 e 1976, Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel; a elaboração de representações criminais⁴⁷ sobre os crimes de homicídio, homicídio com emprego de meio cruel (tortura), sequestro, lesão corporal, ocultação de cadáver e falsidade ideológica no registro da morte da vítima; o inquérito instaurado pelo Promotor Militar do Rio de Janeiro Otavio Bravo⁴⁸; e a denúncia propostas pelo MPF/PA contra Sebastião Rodrigues de Moura, o Major Curió, pelo crime de sequestro cometidos na Guerrilha do Araguaia.

Subsidiariamente, cabe refletir sobre a possibilidade de se responsabilizar pelo crime de desaparecimento forçado como delito autônomo que abranja todas as condutas mencionadas.

⁴⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Reunião Interna de Trabalho n. 1/2011 – Sobre os efeitos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e as atribuições do Ministério Público Federal.** 21 de março de 2011. §21.

⁴⁶ Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5

⁴⁷ Dentre as providências criminais disponibilizadas pelo site da PR/SP <http://www.prr3.mpf.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=184> encontram-se os casos: Vladimir Herzog; Operação Condor RS; Operação Condor RJ; Manoel Fiel Filho; Luis José da Cunha; Flávio de Carvalho Molina; Aluizio Palhano Pedreira Ferreira; e Luiz Almeida Araújo.

⁴⁸ PERES, J. **Ministério Público Militar investiga centros de tortura e morte da ditadura.** Rede Brasil Atual. 26/04/2011. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2011/04/ministerio-publico-militar-investiga-centros-de-tortura-e-morte-da-ditadura> Acessado em 20/11/11.

Este cenário seria o que mais se adequaria aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Atualmente, três Projetos de Lei tramitam no Congresso com pretensão de estabelecer o delito.

O PL 301/2007⁴⁹ importa, quase nos mesmos termos, a definição de desaparecimento forçado constante no Estatuto de Roma. Tal tipificação, apesar de incorporar ao ordenamento pátrio importantes normas internacionais, não preenche satisfatoriamente o dever de proibir penalmente o desaparecimento. Isto porque veda sua prática apenas quando cometida como um Crime contra a Humanidade, ou seja, quando praticado no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. O PL 4038/2008⁵⁰ exige também um contexto de ataque generalizado ou sistemático, mas declara que o crime perdura enquanto o paradeiro da pessoa não for conhecido. O PLS n° 245/201⁵¹ que possui uma redação muito parecida com o PL 4038/2008 tem a vantagem de não exigir uma prática generalizada e sistemática do crime.

Com a tipificação do crime de desaparecimento forçado e a aplicação deste aos casos de desaparecimentos que subsistem, vale questionar se implicaria na mitigação dos princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal. O primeiro estabelece que a lei é a única fonte do Direito Penal capaz de proibir ou de impor uma conduta, e o segundo exige a previsão legal anterior ao fato que se pretenda punir. Ambos foram consagrados na nossa Carta Magna sob o artigo 5°, XXXIX e pelo artigo 1° do Código Penal Brasileiro. Também relacionada a esta questão surge o princípio da irretroatividade da lei penal mais severa, amparado pela Constituição pelo artigo 5°, XL.

Contudo, apesar de uma tipificação do crime nos dias de hoje constituir *novatio legis in pejus*, deve ser lembrado o caráter permanente do crime de desaparecimento forçado. E, em analogia ao crime de sequestro e cárcere privado, poderia ser aplicada a lei nova.

“mesmo que a inicial privação da liberdade tenha ocorrido antes da vigência da lei, ocorrendo, por exemplo, prisão em flagrante depois da data em que o regramento novo passou a ser aplicável, (...) pois em

⁴⁹ Define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências.

⁵⁰ Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências.

⁵¹ Visa acrescentar ao art. 149-A no Código Penal o delito de desaparecimento forçado.

tais situações, enquanto durar a permanência o crime estará em seu processo consumativo.⁵²

Reforçando o entendimento dessa natureza continuada do delito, o Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento forçado da ONU considerou que o ato se prolonga até o Estado reconhecer a detenção ou revelar informações a respeito do destino da vítima. Além disso, afirmou-se ser possível condenar alguém pelo crime com base em uma norma que tenha entrado em vigor após o início de sua execução, não obstante o princípio da irretroatividade.⁵³

Apontados os tipos que poderiam ser imputados aos agentes da repressão militar, outra barreira é apontada para a responsabilização criminal seria a de os crimes mencionados estarem prescritos, tendo em vista o transcurso de tempo desde o seu cometimento. No presente caso, incumbe discutir principalmente a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que é um dos argumentos utilizados como obstáculo para encerrar as investigações e exercício da persecução penal.

Por meio da ação penal, o Estado leva ao seu Poder Judiciário o conhecimento das infrações penais ocorridas sob sua jurisdição para exercer seu direito/dever de punir aquele agente infrator. No entanto, tal poder não é ilimitado e nem perpétuo, havendo fatos e atos jurídicos que podem impedir a pretensão punitiva do Estado e, dentre estes está o instituto do direito penal denominado prescrição, que, como efeito, determina a perda do direito à persecução penal no transcurso de tempo fixado em lei.⁵⁴ Segundo Damásio de Jesus, ela se fundamentaria nas teorias: do esquecimento do fato, da correção do condenado e na negligência da autoridade.⁵⁵

Nossa legislação pátria estabelece⁵⁶ que 20 anos seria o prazo máximo para o oferecimento da ação penal. O termo inicial desse prazo para os delitos de desaparecimento forçado, sequestro, e ocultação de cadáver deve ser contado a partir do dia em que cessou a execução dos mesmos⁵⁷, considerando-se que eles constituem crimes permanentes. Desta forma, a

⁵² MARCÃO, Renato. **Lei 11.106/2005: Novas modificações ao Código Penal brasileiro (I) - Sequestro ou cárcere privado.** Disponível na internet: www.ibccrim.org.br, 29.04.2005.

⁵³ WORKING GROUP ON ENFORCED OR INVOLUNTARY DISAPPEARANCES. **General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime.** p. 2-4. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx> Acesso em: 20/11/2011

⁵⁴ DELMANTO, Celso et al. Código Penal Comentado. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 215.

⁵⁵ JESUS, Damásio E. de. Prescrição Penal, São Paulo: Saraiva, 1995. p 22.

⁵⁶ Artigos 109 c/c 117, I do Código Penal.

⁵⁷ Artigo 111, III do CP.

punibilidade não estaria extinta podendo atualmente haver a apuração judicial das infrações penais nos casos em que o paradeiro da vítima permanecer desconhecido.

Este entendimento se amolda ao do Grupo de Trabalho da ONU sobre Desaparecimento forçado, que opina que caso o Estado opte por fixar um prazo prescricional, ele deve ser contado a partir do momento que o crime cessar, considerando que é um delito permanente, mas ressalva que a imprescritibilidade do crime de desaparecimento forçado é uma garantia contra a impunidade deste crime contra a humanidade.⁵⁸

Por outro lado, os crimes de homicídio, falsidade ideológica e lesão corporal são ilícitos cuja execução se encerrou há mais de três décadas, o que teoricamente inviabilizaria perseguir criminalmente quaisquer acusados de seu cometimento. Sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda assim não haveria que se falar em prescrição para o homicídio. Isto porque este delito foi praticado como uma política de estado, e como já mencionado, atende aos requisitos estabelecidos desde os princípios de Nuremberg para caracterização de crimes contra a humanidade – cuja imprescritibilidade é reconhecida como *jus cogens*. Além do que, desde 1945, já se previa o “assassinato” neste rol de crimes internacionais.

Já a tortura e a falsidade ideológica possuem maiores controvérsias pois, apesar do intenso sofrimento físico ou psicológico que geram nas vítimas diretas e em seus familiares, neste último caso, por impedir que seja conhecido o destino do parente e que lhe seja dado uma sepultura digna, ambos crimes teriam que ser considerados “atos desumanos”, conceito demasiadamente vago elaborado de Nuremberg.

Mais recentemente, pode ser interpretado que o Brasil reforçou o entendimento da gravidade desses atos ao internalizar o Estatuto de Roma, que contempla novamente a proibição dessas condutas e determina a imprescritibilidade de seus crimes. Por mais que os dispositivos desse tratado tenham hierarquia supralegal⁵⁹, urge uma compatibilização do nosso ordenamento infraconstitucional com o Estatuto. Deve ser considerado que o Brasil se submeteu à

⁵⁸ Human Rights Council. **Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation.** §55 e 56. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A-HRC-16-48-Add3.pdf>> Acesso em 21/11/2011.

⁵⁹ BATISTA, V. O., RODRIGUES, L. B. F., PIRES, T. F. **A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.** Rev. Jur., Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-44, abr./maio, 2008

jurisdição desta corte penal por Emenda Constitucional⁶⁰, e isto implicaria, inclusive, na entrega de brasileiros natos para serem julgados pelos crimes que propõe, enquanto internamente não os tem tipificados.

Sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade⁶¹, desde 1968 há um tratado internacional específico ao tema – a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade -, que 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. Na realidade o tratado apenas formaliza um princípio já então vigente na comunidade internacional desde a década de 60⁶², e que para a Corte Internacional de Justiça, já era aplicável a qualquer Estado, independente de ratificação por constituírem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário.⁶³

Logo, já na época do regime militar, estes valores essenciais à comunidade internacional tinham um caráter *erga omnes* independente de sua positivação em âmbito interno, por serem *jus cogens* – normas inderrogáveis de direitos humanos.⁶⁴ No mesmo sentido, sobre a ilegitimidade da aplicação da prescrição, Eugenio Raúl Zaffaroni leciona que:

“La imprescritibilidad que hoy consagran las leyes e las costumbres internacionales y que otrora no establecían, pero que también deben considerarse imprescritibles, es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos. No hay argumento jurídico (ni ético) que le permita invocar la prescripción. En los crímenes recientes, está consagrada en la ley internacional y en los más lejanos, en la costumbre internacional; en los crímenes de lesa humanidad remotos, tampoco puede el derecho penal invocar la prescripción porque estaría consagrada la autoimpunidad (legitimarían las consecuencias de un crimen los propios autores, para ellos mismos y para sus descendientes).”⁶⁵

⁶⁰ EC n° 45 de 2004 – que incluiu o § 4° no artigo 5° com a seguinte redação: § 4° O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

⁶¹ Não ratificada pelo Brasil.

⁶² WEICHERT, M. e FÁVERO, E. **A Responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar**. p. 28 In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 511/568.

⁶³ CARVALHO RAMOS, André de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

⁶⁴ WEICHERT, M. e FÁVERO, E. Op. cit. p. 35- 36.

⁶⁵ ZAFFARONI, Raúl. **En torno de la cuestión penal**. p. 266. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/34203467/En-Torno-de-La-Cuestion-Penal-Zaffaroni-Eugenio-Raul>> Acesso em 15/11/11.

Por fim, outro argumento apresentado contra o reconhecimento da prescrição é o de que Estado Brasileiro não pode se esconder de suas obrigações frente a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Guerrilha do Araguaia. Destacando-se que a Corte decidiu serem inaplicáveis as normas de direito interno que obstaculizem qualquer investigação de graves violações de direitos humanos, como no presente caso. Isto porque quando se submeteu voluntariamente à jurisdição desta corte regional em 1998, ela já possuía o entendimento – desde seu primeiro caso Velásquez Rodríguez – de que a prática de desaparecimentos forçados viola a Convenção Americana em inúmeros dispositivos e sua manutenção implica no desconhecimento estatal do dever de organizar seu aparato e no abandono crasso dos valores que emanam da dignidade humana.⁶⁶

A anistia é também causa extintiva da punibilidade, prevista no artigo 107, II do Código Penal. Ela consiste no “esquecimento jurídico do ilícito” e tem por objeto fatos definidos como crimes de regra, políticos, militares ou eleitorais⁶⁷. “Ela atua sob a responsabilidade criminal de forma não-individualizada, atuando sobre categorias de fatos ou de agentes.” Quanto aos seus efeitos temporais, se concedida antes da ação penal – a anistia pode retroagir para impedir que a ação seja oferecida, se no curso do processo – ela extingue todos os efeitos penais e, se depois da condenação – extingue a pretensão executória do Estado.⁶⁸

Sobre os fundamentos que a justificam, Antonio Cassese esclarece que, após períodos de conturbação social, como um conflito armado ou revolução, acredita-se que a melhor maneira de sarar as feridas seria apagar as infrações criminais cometidas por ambos os lados. Esta postura deveria facilitar a reconciliação nacional, mas os governantes muitas das vezes aproveitam para isentarem a si próprios de futuras perseguições penais.⁶⁹

Em respeito ao princípio da soberania estatal deve ser observado que o Estado tem a prerrogativa de decidir quem estará isento da sanção penal. Por outro lado, de uma perspectiva jurídica, eles devem se abster de conceder anistia a crimes internacionais, tendo muitas cortes internacionais já se pronunciado sobre sua incompatibilidade com os direitos

⁶⁶CORTE IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4. §155 e 158.

⁶⁷BITTENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p 706.

⁶⁸BASTOS, L. E. A. F. **Anistia: As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009. p 49 – 51.

⁶⁹CASSESE, Antonio. Op. cit. p. 312 – 313.

humanos, por atingir valores universais, compartilhados pela comunidade internacional, e não de um determinado Estado, motivo pelo qual ele não poderia retirar os efeitos.⁷⁰

A Lei n. 6.683/1979 é classificada como uma Lei de Anistia em branco por eliminar a responsabilidade de qualquer crime praticado durante um período determinado, bastando se enquadrar no conceito vago de crime político. Ela excluiu os que já haviam sido condenados formalmente pelos crimes políticos geralmente cometidos pela resistência ao regime - terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal - e abrangeu o conceito de “crimes conexos”, o que poderia incluir muitas violações de direitos humanos.⁷¹ A interpretação de crimes políticos e conexos concedeu à anistia um caráter recíproco que acabou por obstar o esclarecimento dos desaparecimentos forçados e demais crimes cometidos na ditadura.

No entanto, os graves crimes atentatórios aos direitos humanos praticados pelos agentes públicos nunca poderiam ser entendidos como crimes políticos, pois não visavam atingir o regime como os opositores, pelo contrário, agiam em seu nome, praticando terrorismo de Estado na repressão à dissidência política que pretendia abalar o poder. “Assim, suas condutas não preenchem o requisito objetivo qualificador do crime político, ou seja, não provocavam danos a bens jurídicos da organização política do Estado.”⁷²

Em 1995, Hélio Bicudo mostrou preocupação com a interpretação do conceito de crimes conexos da Lei de Anistia, pois incluía crimes de qualquer natureza que estivessem relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Seu entendimento era o de não ser possível classificar como conexos os crimes praticados pelos opositores do regime e os repressores do mesmo, pois teriam objetivos que não se confundiriam.

Diante do inevitável fim do regime militar, o que os governantes buscaram foi “decretar, de antemão, a sua própria impunidade.”⁷³ Considerando que o Estado deveria ser o guardião dos direitos humanos de seus cidadãos, as graves violações cometidas por seus agentes não poderiam ser igualadas aos crimes cometidos pelos particulares. Seguindo o raciocínio da inaplicabilidade da Lei de Anistia, coadunado pela Procuradoria da República de São Paulo, pelo Ministro da Justiça à época e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos, a OAB

⁷⁰ Ibid. 314 – 315.

⁷¹ BASTOS, L. E. A. F. p. 118, 186, 187.

⁷² WEICHERT, M., FÁVERO, E. **Anistia, Tortura República e Democracia**. p 4 e 5. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/02/12/5950/>> Acesso em: 10/11/2011.

⁷³ SELIGMANN-SILVA, M. – Anistia e in(justica) no Brasil: O dever de justiça e a impunidade. In: SANTOS, C. M.; TELES, E. e TELES, J. A. **Desarquivando a Ditadura: Memória e Justiça no Brasil**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009. (vol. II). p 541.

protocolou a ADPF nº 153 no Supremo Tribunal Federal questionando a interpretação do §1º do artigo 1º⁷⁴ da Lei n. 6.683/79, buscando que não fosse estendida a extinção da punibilidade aos agentes públicos responsáveis pelos crimes de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores. A OAB refutou a interpretação dada de existir conexão entre os crimes praticados pelos agentes da repressão e os crimes políticos praticados pela resistência, por não haver comunhão de propósitos. Alegou também ausência de legitimidade dos congressistas, cuja eleição era parcialmente indireta, para aprovar uma lei de auto-anistia.

Em abril de 2008, o Supremo decidiu pela constitucionalidade da Lei de Anistia. No voto, o Ministro Relator Eros Grau ressaltou a importância histórica da Anistia no movimento de redemocratização do país e, declarou que ela constituiria uma “lei-medida” ao invés de uma norma dotada de abstração para o futuro. Sobre a interpretação dos crimes conexos, o Ministro entendeu que os agentes públicos agiam com motivação política ao praticar crimes comuns para reprimir os opositores. Além disso foi declarado que a referida lei precedeu os instrumentos internacionais de direitos humanos e que as obrigações perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos iniciaram-se em 1998.

No final do mesmo ano, foi proferida o julgamento do caso Gomes Lund e Outros, sobrevivendo a condenação brasileira. Como se esperava, a decisão do Supremo foi considerada incompatível com os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos e com os demais tratados internalizados sobre a matéria. A Corte Interamericana de Direitos Humanos que já se pronunciara em outras ocasiões pelo caráter continuado do desaparecimento forçado e sobre a invalidade das leis de anistia em branco, de auto-anistia e a crimes contra a humanidade e reafirmou sua posição. Seu entendimento é de que tais dispositivos deixam as vítimas indefesas e conduzem a perpetuação da impunidade, gerando responsabilidade estatal.

Em março de 2011, a OAB interpôs Embargos de Declaração ao acórdão da ADPF sustentando ausência de enfrentamento da "premissa de que os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política vigente, ao passo que os outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor." Além disso, apontaram a omissão questão de que os crimes de desaparecimento forçado e de sequestro, em regra, só admitem a contagem de prescrição a partir de sua consumação.

⁷⁴ § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Por fim, deve ser esclarecido que o argumento da transição política não pode ser utilizado por um Estado para se evadir de suas obrigações internacionais, principalmente se o próprio contribuiu para criar aquela condição de estado de exceção.⁷⁵ Trata-se, portanto, de reconhecer que a Lei de Anistia nunca teve o poder de produzir o benefício que lhe foi atribuído, por incompatibilidade com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico nacional e internacional incorporado internamente.

Considerações Finais

Diante do exposto, deve ser destacado que a restituição da verdade e uma resposta efetiva da justiça são inerentes à reconciliação nacional. Nos crimes contra a humanidade não se trata apenas de punir o culpado, mas também de esclarecer o ocorrido para que a paz seja restaurada na sociedade e a identidade nacional seja reconstruída.

À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário, o Brasil violou normas consuetudinárias e de tratados aos quais se vinculou voluntariamente. Não obstante estes instrumentos terem sido internalizados, o Estado não observou seus dispositivos, como se não produzissem efeitos jurídicos devido ao confronto com normas de origem nacional.

O Poder Judiciário, em especial, tem uma grande responsabilidade na incorporação dos tratados ao nosso ordenamento jurídico, devendo sempre realizar um controle de convencionalidade nos casos que julga. Afinal, o juiz nada mais é que um representante do Estado e deve se atentar para normas de observância compulsória pelo Brasil.

Há ainda a possibilidade de o Estado brasileiro se alinhar ao contexto de proteção dos direitos humanos já trilhados por países vizinhos e de satisfazer, ainda que minimamente, as suas obrigações internacionais, explicitadas na sentença do caso Guerrilha do Araguaia. Parte desse movimento se inicia com as ações recentes do Ministério Público que, de extrema relevância, publicizam e fortalecem as teses protetivas aos direitos e garantias do ser humano.

⁷⁵ BASTOS, L. E. A. F. **Anistia: As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009. p 300.

Apesar de a responsabilização defendida segundo o Direito Internacional vislumbrar a aplicação do crime de desaparecimento forçado, a ausência de sua tipificação no ordenamento pátrio constitui um obstáculo concreto. Como possui grande complexidade jurídica, as condutas que compõem este delito podem ser desmembradas em diversos tipos, abrangendo cada etapa da execução. Dentre os tipos pertinentes, o de sequestro e ocultação de cadáver são os que se apresentam como mais prováveis de utilização, por serem crimes permanentes, cuja execução se prolongaria ultrapassando as barreiras da prescrição e anistia.

Assim, não haveria colisão entre as normas internacionais e as penais, pois não está prescrito um crime cuja execução persistiu por um lapso temporal bem superior à ditadura, se mantendo nos dias atuais, sendo tampouco aplicável a Lei de Anistia, pelo mesmo motivo.

Contudo, nada impede que a legislação brasileira estabeleça o delito autônomo de desaparecimento forçado e aplique-o aos casos de desaparecidos que ainda perduram por tem paradeiro desconhecido. O dever internacional do Brasil de tipificar este crime, reiterado pela Corte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, subsiste e deve ser cumprido mesmo que seu emprego se dê para os casos de futuras violações.

Referências Bibliográficas

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil: Nunca Mais**. Vozes. 2003.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BATISTA, Vanessa Oliveira, RODRIGUES, Luciana Boiteux Figueiredo, PIRES, Thula Rafaela. A Emenda Constitucional n.º 45/2004 e a constitucionalização dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. **Rev. Jur.**, Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-44, abr./maio, 2008

_____. Vanessa Oliveira. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. In: Palestra proferida na Faculdade de Direito Milton Campos, 2000, Nova Lima, MG.

BITTENCOURT, Carlos Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

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

CASSESE, Antonio. **International Criminal Law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2003.

CENTRO INTERNACIONAL PARA LA JUSTICIA TRANSICIONAL. **Parecer técnico sobre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad, la imprescriptibilidad de algunos delitos y la prohibición de amnistías.** Disponível em: <<http://ictj.org/es/publication/parecer-t%C3%A9cnico-sobre-la-naturaleza-de-los-cr%C3%ADmenes-de-lesa-humanidad-la>>.

Acesso em: 14 de set. 2011.

_____. **Justicia y paz en Colombia: El derecho a la verdad, la justicia y la reparación.** San José, Costa Rica: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2006.

_____. A dívida pendente com a justiça e a verdade no contexto das graves violações de direitos humanos e dos crimes contra a humanidade nas Américas. **Editorial CEJIL.** n. 28, 2008.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154.

_____. **Caso Anzualdo Castro Vs. Perú.** Sentença de 22 de Setembro de 2009. Serie C No. 202.

_____. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.** Sentença de 25 de novembro de 2000. Serie C No. 70.

_____. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Sentença de 14 de março de 2001. Serie C No. 75.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala.** Sentença de 2 de julho de 1996. Serie C No. 27.

_____. **Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia.** Sentença de 15 de setembro de 2005. Serie C No. 134.

_____. **Caso Gelman Vs. Uruguay.** Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Serie C No. 221.

_____. **Caso Godínez Cruz Vs. Honduras.** Sentença de 20 de janeiro de 1989. Serie C No. 5.

_____. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219.

_____. **Caso Gómez Palomino Vs. Perú.** Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C No. 136.

_____. **Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá.** Sentença de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.

_____. **Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina.** Sentença de 26 de agosto de 2011. Serie C No. 229.

_____. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras.** Sentença de 29 de julho de 1988. Serie C No. 4.

_____. **Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)**, Serie C No. 32.

GALLEGO, Juan Pablo. **La Desaparición Forzada de Personas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

JAPIASSU, Carlos Eduardo (Org.). **Direito Penal Internacional, Estrangeiro e Comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Prescrição Penal**, São Paulo: Saraiva, 1995.

LEDESMA, Hector Faundez. **El Sistema Internacional de Derechos Humanos – aspectos institucionales y procesuales**. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

MARCÃO, Renato. **Lei 11.106/2005: Novas modificações ao Código Penal brasileiro (I) - Seqüestro ou cárcere privado**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em 29.04.2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Reunião Interna de Trabalho n. 1/2011 – Sobre os efeitos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil e as atribuições do Ministério Público Federal**. 21 de março de 2011. §21.

OEA. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Introdução**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/a.Introd.Port.htm>>, Acesso em: 26 set 2011.

ONU. **A/HRC/RES/16/16 Resolution adopted by the Human Rights Council**. 24 Março 2011. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/16session/resolutions.htm>> Acesso em 02 out. 2011.

_____. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS. **Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralCommentsDisappearances_sp.pdf> Acesso em: 10 set. 2011.

_____. GRUPO DE TRABAJO SOBRE LAS DESAPARICIONES FORZADAS O INVOLUNTARIAS. **Métodos de trabajo revisados del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias A/HRC/13/31**. 2009. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/MOW2009_sp.pdf>, Acesso em 21 set 2011.

_____. Human Rights Council. **Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances: Best practices on enforced disappearances in domestic criminal legislation**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/16session/A-HRC-16-48-Add3.pdf>> Acesso em 21/11/2011.

_____. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **Desapariciones Forzadas o Involuntarias**. Folleto Informativo no. 6. Rev. 3. Genebra: ONU, 2009.

_____. **Resolução AG/RES. 666. (XIII-0/83)**. 1983. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/83.84.eng/chap.2.htm>>. Acesso em: 02 set. 2011.

PERES, J. **Ministério Público Militar investiga centros de tortura e morte da ditadura**. Rede Brasil Atual. 26/04/2011. Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/temas/cidadania/2011/04/ministerio-publico-militar-investiga-centros-de-tortura-e-morte-da-ditadura> Acessado em 20/11/11.

PÉREZ-LEÓN ACEVEDO, J. P. Las violaciones graves de los derechos humanos como crímenes de lesa humanidad, In: **Revista del Observatorio Regional sobre Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional**, N° 2, maio 2008. Disponível em: <http://www.observatoriodpi.org/data/spda/contenido/20080506125954.pdf> Acesso em 20 set. 2011.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Contestação apresentada ao Caso nº 11.552 Júlia Gomes**. Disponível em: < <http://nei-arcadas.org/docs/caso-lund-contest.pdf> > Acesso em: 24/11/11.

SANTOS, Cecília Macdowell, TELES, Edson e TELES, Janaína Almeida. **Desarquivando a Ditadura: Memória e Justiça no Brasil**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild Editores, 2009. (vol. I e II).

TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). **O que resta da ditadura**. São Paulo: Boitempo, 2010.

THIAM, Doudou. **Fourth report on the draft code of offences against the peace and security of mankind**. Disponível em: <http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-15.pdf>. Acesso em 14 de set. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios para a Efetiva Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. In: Medeiros, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Desafios do Direito Internacional Contemporâneo**. Brasília: 2007.

WEICHERT, M. e FÁVERO, E. A Responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. p. 28 In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (coord). **Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Anistia, Tortura República e Democracia**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/noticias/2010/02/12/5950/>> Acesso em: 10/11/2011.

WORKING GROUP ON ENFORCED OR INVOLUNTARY DISAPPEARANCES. **General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime**. p. 2-4. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Disappearances/Pages/DisappearancesIndex.aspx>> Acesso em: 20/11/2011

ZAFFARONI, Raúl. **En torno de la cuestión penal.** Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/34203467/En-Torno-de-La-Cuestion-Penal-Zaffaroni-Eugenio-Raul>> Acesso em 15/11/11.