

A (IM)POSSIBILIDADE DE SE PUNIR OS CRIMES DA DITADURA MILITAR

THE (IM) POSSIBILITY OF PUNISHING CRIMES OF MILITARY DICTATORSHIP

Péricles Ribeiro Neto

Advogado

Pesquisador-Discente do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC)

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo breve análise da Lei de Anistia em confronto com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, em que o Brasil foi condenado pela omissão de investigar os crimes cometidos durante a Ditadura Militar. Para tanto, primeiramente, será abordada a impossibilidade de revisão da Lei Anistia. Nessa esteira, o presente trabalho demonstrará os reflexos caso a Lei seja invalidada e pretenda-se punir os crimes da ditadura militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direto constitucional. Direito internacional. Direito penal. Direitos humanos. Lei de Anistia.

ABSTRACT: This article aims to analyze the amnesty law in conflict with the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case “Gomes Lund

vs Brazil”, in which Brazil was condemned by the failure to investigate crimes committed during the military dictatorship. Therefore, it made an analysis of the Brazilian case the impossibility of revision of the amnesty law. On this track, the work will examine the consequences if the law is invalidated.

KEYWORDS: Constitucional law. Internacional right. Criminal law. Human rights. Amnesty law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Lei de Anistia – 3. Os Tratados de direitos humanos – supremacia da Constituição – 4. Impossibilidade de se punir os crimes da Ditadura Militar – 4.1 Generalidade dos crimes contra a humanidade (crimes lesa-humanidade) – 4.2 Prescrição – 4.3 Crime de tortura – 4.4 Crime de desaparecimento forçado – 5. Conclusão. – 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que o tema é bastante amplo e complexo, e, portanto, é impossível esgotá-lo em poucas páginas. O presente trabalho tem por objetivo, tão somente, trazer uma visão, à luz da Constituição da República, acerca da impossibilidade de se punir os crimes cometidos ao longo da ditadura militar.

Ultimamente, o tema da Lei de Anistia, que envolve o conflito de normas inerentes à dignidade da pessoa humana, vem gerando polêmicas, já que está em discussão no Supremo Tribunal Federal, no âmbito das ADPF's 320 e 153. De um lado, a Constituição Federal prevê um rol taxativo de crimes imprescritíveis, dentre os quais não se encontram os crimes anistiados pela Lei 6.683/79. Esse rol não pode ser ampliado, pois é abarcado por cláusula pétrea da Constituição, já que a prescrição é uma garantia fundamental do cidadão de não estar eternamente sujeito à punição do Estado forçando que este exerça o seu direito em um período

de tempo razoável. De outro, há o tratamento conferido pela comunidade internacional, em especial a jurisprudência dos tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que defende que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

Esse debate gerou enorme discussão, tanto no Brasil, quanto no âmbito internacional, em especial na Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que o Estado brasileiro foi condenado, no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, pela omissão de investigar os crimes cometidos durante a Ditadura Militar.

Por fim, analisar-se-á os desdobramentos no âmbito penal, caso o Brasil venha acatar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos e invalidar a Lei de Anistia, destacando-se, sobretudo, a impossibilidade de o Estado deflagrar a persecução penal à luz da Constituição Federal.

2 LEI DE ANISTIA

O Brasil, como alguns governos de transição, adotou a lei de anistia como um mecanismo de sair da Ditadura Militar e efetivar o regime democrático. Na época, vários foram os que queriam a concessão de anistia, seja para trazer os intelectuais e ativistas que perderam seus direitos políticos e foram exilados, seja para beneficiar os militares que praticaram as condutas em prol do sistema vigente à época.

Para Rui Barbosa, a anistia “cancela o delito, vai extingui-lo na sua fonte, faz desaparecer a sua ideia, é o esquecimento pleno, é o profundo silêncio decretado pelos poderes do país sobre os fatos, cuja memória é de interesse do governo que desapareça”¹.

¹ BARBOSA, R. *Obras Completas*: Discursos parlamentares, trabalhos jurídicos. Vol. XXII, Tomo 1. Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1952. p. 32-33.

A Lei 6.683 de 1979, conhecida como Lei de Anistia, concedeu anistia a todos que, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores públicos, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (art. 1º).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 26/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, em seu art. 4º e parágrafos, concedeu a anistia “a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares”, ratificando, portanto, a anistia concedida na Lei nº 6.683/79.

Portanto, a Lei de Anistia é conhecida por ser de “mão dupla” ou de “dupla via”, já que anistiou tanto os militares como os opositores do regime.²

O perdão é um importantíssimo passo à verdadeira reconciliação. Segundo Hannah Arendt, o perdão não se restringe à vida privada, também pode estar relacionado à vida pública. Assim, o perdão na vida pública, embora complexo, é uma das maneiras de reconciliação:

[...] a única solução possível para o problema da irreversibilidade – a impossibilidade de se desfazer o que se fez, embora não se soubesse nem se pudesse saber o que se fazia – é a faculdade de perdoar. A solução para o problema da imprevisibilidade, da caótica incerteza do futuro, está contida na faculdade de prometer e cumprir promessas.³

Magalhães Noronha, tecendo considerações acerca da anistia, afirma que há momentos:

[...] em que o esquecimento é preferível à punição, no próprio interesse público, apaziguando ódios e ressentimentos, máxime após movimentos políticos

² BASTOS, L. E. A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 195.

³ ARENDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 248.

e sociais, buscando por essa forma criar um clima de harmonia e entendimento que, conforme a hipótese, jamais seria conseguido com a aplicação ou persistência das rígidas normas de direito penal.⁴

Portanto, foi uma escolha do legislador conceder a anistia. O Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 (pendente de julgamento os embargos de declaração e, posteriormente, foi proposta a ADPF 320 sobre o mesmo objeto, também pendente), em que se questiona validade da Lei de Anistia, decidiu positivamente com a seguinte observação:

No Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o STF está autorizado a rescrever leis de anistia. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá – ou não – de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.⁵

Posteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, proferiu sentença em 24 de novembro de 2010 responsabilizando o Brasil pela prisão arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses, em operação do Exército entre 1972 e 1975, no episódio conhecido como a Guerrilha do Araguaia. Na oportunidade, a Corte afirmou:

A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. [...] Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniestáveis e imprescritíveis.⁶

⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 353.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 153. Plenário. Rel. Min. Eros Grau.

⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e

Há quem afirme que o Estado brasileiro está subordinado a referida Corte:

[...] no sistema judicial interamericano, há o dever do Estado de cumprir integralmente a sentença da Corte, conforme dispõe expressamente o art. 68.1 da seguinte maneira: os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.⁷

No entanto,

os tribunais internacionais de direitos humanos – as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos – não `substituem` os tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação de decisões dos tribunais internos.⁸

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada em 22.11.1968 e entrou em vigor somente em 18.07.1978, nos termos do art. 74.2⁹ da Convenção. O Brasil, no entanto, aderiu a ela através do Decreto 678, de 06.11.1992, já sob a égide da Constituição de 1988 e posteriormente à Ditadura Militar.

Ademais, o Brasil, ao reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inseriu, no ato de reconhecimento, a “cláusula temporal”,

outros (Guerrilha do Araguaia) *Vs.* Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em 26 mai. 2015.

⁷ RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235.

⁸ TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412.

⁹ Artigo 74.2, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão.

na qual somente casos posteriores a tal data (06.11.1992) seriam adjudicáveis à Corte. Ou seja, falta competência à Corte Interamericana para conhecer o caso.

No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não aceita tal tese, como foi decidido no Caso Blake *vs.* Guatemala (1987) e no Caso de La Comunidad Moiwana *vs.* Suriname (2005), sob fundamento de que o Estado deve responder pelos seus atos omissivos, ao não investigar e punir os autores dos delitos após a cláusula temporal.¹⁰

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui uma visão imperialista, ao impor aos Estados o dever de punir supostos crimes contra a humanidade sem levar em conta suas particularidades. Defende, na verdade, a instauração de um Tribunal *ad hoc* (de exceção) no Brasil.

Ora, invalidar a lei de anistia não seria um mero controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, pois se estaria admitindo a possibilidades de se declarar inconvenção uma Emenda Constitucional, e, no caso, a Emenda embriã da Constituição de 1988.

Por outro lado, não se sustenta que o Brasil seja omissivo no processo de reparação às vítimas do regime ditatorial, já que até 2014 o Brasil havia pago a quantia de R\$ 3,4 bilhões¹¹ a R\$ 5,2 bilhões¹² em indenizações pagas às vítimas ou seus familiares. A Comissão de Anistia chegou a aprovar valores retroativos

¹⁰ RAMOS, A. C. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério o tratado de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>> Acesso em: 15 maio 2015. p. 271/272.

¹¹ Bolsas Ditadura alcançam R\$ 3,4 bi: Em 13 anos, Comissão de Anistia aprovou 40.300 pedidos de reparação a vítimas da ditadura. Disponível em: <[http://www.defesanet.com.br/dita/noticia/14802/Bolsas-Ditadura-alcancam-R\\$-3-4-bi/](http://www.defesanet.com.br/dita/noticia/14802/Bolsas-Ditadura-alcancam-R$-3-4-bi/)> Acesso em: 10 set. 2015.

¹² Indenização aos anistiados políticos soma R\$ 5,2 bilhões. Disponível em: <http://www.contasabertas.com.br/website/arquivos/8083>> Acesso em: 10 set. 2015.

que giram em torno de R\$ 1 milhão a R\$ 2 milhões para um só anistiado, além de prestações mensais que chegam a R\$ 18 mil¹³.

Interessante fazer um paralelo com a África do Sul. A anistia concedida pós-*apartheid* foi importante para o processo de reconciliação naquele país, já que o reconhecimento dos crimes eram públicos e, conseqüentemente, buscava-se a verdade.

Cabe ressaltar que os crimes cometidos na África do Sul também são considerados lesa-humanidade e até hoje não foram objeto de questionamentos nas Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Conclui-se, portanto, que a punição não é obrigatória e deve se respeitar a autonomia e soberania dos Estados em conceder a anistia como forma de conciliação com o passado.

Cabe trazer à tona o *AZAPO Case* (1996), que foi uma demanda judicial proposta pelos parentes das vítimas da violência do *Apartheid* e visou a obstruir a execução dos trabalhos do Comitê de Anistia da Comissão de Verdade e Reconciliação Sul-Africano e, na qual se sustentou que as anistias negavam às vítimas sobreviventes seu direito constitucional de recurso judicial e não eram compatíveis com o Direito Internacional no ponto em que impediam a investigação e processos de violações aos direitos humanos.

Na ocasião, a Suprema Corte da África do Sul¹⁴ julgou constitucional a anistia concedida aos que confessaram seus crimes cometidos durante o *apartheid*.¹⁵ Para tanto, baseou-se no Protocolo II de 1977 das Convenções de

¹³ O custo da reparação: indenizações aprovadas na Comissão de Anistia chegam a R\$ 3,4 bilhões. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/o-custo-da-reparacao-indenizacoes-aprovadas-na-comissao-de-anistia-chegam-r-34-bilhoes-12037526>> Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁴ AFRICA DO SUL. Constitutional Cort of South Africa, Case CCT 17/96 (*AZAPO Case*). Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/16.pdf>> Acesso em: 10 set. 2015.

¹⁵ PESSANHA, R. B. V. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasilei-

Genebra, que regula a proteção das vítimas de conflitos não internacionais¹⁶ e possui um dispositivo que prevê:

[A]o fim das hostilidades, as autoridades no poder evitarão esforços para conceder a anistia mais ampla possível às pessoas que tenham participado de conflito armado, ou àquelas privadas de sua liberdade por razões relativas ao conflito armado, quer estejam internadas ou detidas.

Não resta dúvida, portanto, de que seja possível manter a anistia no caso brasileiro.

3 OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS – SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conhecida como reforma do Poder Judiciário, além de tentar modernizar o sistema judiciário brasileiro, trouxe uma importante mudança em relação aos direitos humanos, como se observa da leitura do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Houve uma discussão a respeito de qual hierarquia legal teriam os tratados anteriores à Emenda Constitucional 45/04 e que não foram ratificados

ro RDA: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/10648/964>> Acesso em: 10 set. 2015. p. 4.

¹⁶ PENSKY, M. O status das anistias internas no Direito Penal Internacional. *A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015. p. 84.

pelo rito de emenda constitucional. Há quem defenda que os tratados em vigor anteriormente à referida Emenda conservarão o *status* que tinham e podem ser objeto de nova deliberação pelo Congresso Nacional para que tenham força de Emenda Constitucional.¹⁷

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar a impossibilidade de prisão civil pelo depositário infiel prevista no Pacto de San José da Costa Rica¹⁸, criou uma nova categoria de norma, a “supralegal” (abaixo da Constituição e superior às demais normas)¹⁹.

Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reafirmando esse caráter supralegal e ao mesmo tempo infraconstitucional, a título exemplificativo, confira trecho do voto da Ministra Ellen Gracie no HC 88.240:

A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.²⁰

¹⁷ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37.

¹⁸ Art. 7º do Pacto San José da Costa Rica: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

¹⁹ “EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343. Plenário. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 03 de dezembro de 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=595444>>. Acesso em: 10 abr. 2015).

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 88.240, Rel. Min. Ellen Gracie.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reiterou tal posicionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.240, de relatoria do Ministro Luiz Fux, oportunidade em que se assentou ter o Pacto de San José da Costa Rica entrado no ordenamento jurídico brasileiro somente em 1992.

Deve-se a Hans Kelsen a teorização da Supremacia Constitucional, que tem como característica a formulação de uma pirâmide que representa a hierarquia das normas jurídicas. No ápice do ordenamento brasileiro estão as normas constitucionais e logo abaixo as leis ordinárias e complementares e assim por diante. Em outras palavras, há uma hierarquização das normas no ordenamento, em que as demais encontram os seus fundamentos de validade no Texto Constitucional, que é hierarquicamente superior aos demais atos normativos. Todas as normas devem se adequar aos ditames constitucionais, sob pena de serem inconstitucionais e, conseqüentemente, não podem pertencer ao ordenamento jurídico vigente.

Ademais, o direito interno, pautado pela Constituição da República, deve sobrepor o direito internacional, já que a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem eficácia apenas política e não possui força de título judicial.

Eventual descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos. Nessa linha é o magistério de Antônio Augusto Cançado Trindade:

Os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos. [...] Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de direitos humanos; ou qualquer outro órgão estatal pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado neste domínio. Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos.²¹

²¹ TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Ale-

Os tratados e convenções devem respeitar o procedimento formal de celebração descrito na Constituição, bem como o seu conteúdo material, em especial nas matérias de direitos humanos e garantias fundamentais.²² Em outras palavras, a supremacia da Constituição não pode ser ponderada, já que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.”²³

Da mesma forma, a supremacia da Constituição sobressai aos atos internacionais que devam produzir efeitos em território nacional²⁴, devendo, portanto, prevalecer a Carta Magna em face do Pacto de San José da Costa Rica. “Fazê-la suprema, não só no texto, também na aplicação”²⁵.

4 IMPOSSIBILIDADE DE SE PUNIR OS CRIMES COMETIDOS NA DITADURA MILITAR

De toda a sorte, ainda que invalidada a Lei de Anistia, os crimes cometidos durante a ditadura militar não poderão ser punidos, como será demonstrado abaixo, analisando-se crime por crime.

gre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1, p. 412

²² MENDES, G. F.; BRANCO; P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 650.

²³ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

²⁴ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 166.

²⁵ RIBEIRO, F. Da supremacia constitucional no Brasil. Universidade Federal do Ceará: Faculdade de Direito. 13 anos de vigência da Constituição Federal de 18 de setembro de 1946: Homenagem dos professores de direito constitucional Lauro Nogueira e Fávila Ribeiro. 1959, p. 43.

4.1 Generalidade dos crimes contra a humanidade (crimes lesa-humanidade).

A primeira definição dos crimes contra a humanidade se deu por meio do Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, responsável pela instauração do Tribunal de Nuremberg. Segundo os princípios norteadores de Nuremberg, os crimes lesa-humanidade são “o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ou perseguições ocorram em conexão com qualquer crime de guerra.”²⁶

No “Caso Almonacid Arellano”, em que se discutia os atos praticados durante a ditadura militar chilena, a Corte Interamericana de Direitos Humanos conceituou os crimes contra a humanidade e afirmou:

Os crimes contra a humanidade são atos sérios de violência que causam danos aos seres humanos ao infringir o 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 vão além dos limites tolerados pela comunidade internacional, que deve exigir sua punição. Porém, os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca e se nega a humanidade toda. Por isso o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é o conceito da humanidade ser tida como vítima.²⁷

Já o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Decreto 4.388/2002, em seu art. 7º, prevê os crimes contra a humanidade:

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

²⁶ GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87/88.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf >. Acesso em 30 ago. 2015. p. 47.

das normas fundamentais de direito internacional; 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.

Da leitura do conceito da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do rol apresentado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, observa-se que há margens para o intérprete definir o que seja o crime contra a humanidade.

Seguindo a linha de jurisprudência das Cortes Internacionais, o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em parecer ofertado na ADPF 320, define os crimes contra a humanidade como sendo os de ataque sistemático e generalizado à população civil.²⁸ No entanto, esse argumento não é suficiente para caracterizar os crimes lesa-humanidade e, conseqüentemente, afastar a extinção da punibilidade dos delitos cometidos durante a ditadura militar.

Os crimes de genocídio, tipicamente considerados contra a humanidade, foram os praticados em Ruanda, no ano de 1994, e na Armênia, no início do século passado (1915 a 1917), que tiveram vítimas em torno de 500.000 (quinhentos mil)

²⁸ BARROS, R. J. M. Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>> Acesso em 2 nov. 2015.

e 1.000.000 (um milhão) em Ruanda²⁹, enquanto na Armênia esse número vacila entre 600.000 (seiscentos mil) e 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil)³⁰.

Assim, se levarmos em conta os números de 2014, no Brasil, as vítimas de homicídio foram de 56.337 (cinquenta e seis mil e trezentos e trinta e sete)³¹, o que equivalente a aproximadamente 21 (vinte e um) meses de conflito na Chechenia³². Já na ditadura, segundo o relatório final da Comissão Nacional da Verdade (CNV), foram 434 os mortos e desaparecidos. A partir desses números, seria possível concluir que o Brasil vive em um estado análogo à guerra e, conseqüentemente, os crimes de homicídio cometidos em 2014 seriam imprescritíveis por serem considerados lesa-humanidade.

²⁹ FERREIRA, L. C.; WALBERT, A. Ruanda: 800 mil mortos, 100 dias de massacre e 20 anos de lições. EBC Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2014/04/ruanda-800-mil-mortos-100-dias-de-massacre-e-20-anos-de-liceos>> Acesso em 29 ago 2015; O POVO. Parlamento alemão lembra vítimas do genocídio em Ruanda. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/maisnoticias/mundo/dw/2014/04/04/noticiasdw,3231334/parlamento-alemao-lembra-vitimas-do-genocidio-em-ruanda.shtml>> Acesso em: 29 ago 2015.

³⁰ AFP. Conheça a história, os fatos e as versões do 'genocídio armênio'. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/04/conheca-historia-os-fatos-e-versoes-do-genocidio-armenio.html>> Acesso em: 29 ago 2015; CHAGAS, Marcos. Igreja armênia canoniza 1,5 milhão de vítimas de genocídio. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2015-04/igreja-armenia-canoniza-15-milhoes-de-almas-vitimas-do-genocidio>> Acesso em: 29 ago 2015.

³¹ PELAJO, C.; BARROS, M. Brasil bate recorde no número de homicídios registrados em um ano. Reportagem do dia 27.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/05/brasil-bate-recorde-no-numero-de-homicidios-registrados-em-um-ano.html>> Acesso em: 29 ago 2015; ALESSI, Gil. Brasil bate recorde histórico de homicídios. Reportagem do dia 27.05.2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/05/27/brasil-tem-recorde-historico-de-homicidios.htm>> Acesso em: 29 ago 2015.

³² ORTEGA, I. *A guerra da Chechênia*, o conflito esquecido. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2014/12/11/a-guerra-da-chechenia-o-conflito-esquecido.htm>> Acesso em: 29 ago 2015.

Cabe ressaltar, ainda, que neste relatório supracitado a Comissão afirmou que “a prática de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e mesmo de ocultação de cadáveres não é estranha à realidade brasileira contemporânea”³³, o que reforça a generalidade do conceito dos crimes contra a humanidade.

Em tese, o tipo penal aberto dificulta a condenação do acusado, porque, na dúvida, o réu deveria ser favorecido, já que as condutas não estão devidamente delimitadas. No entanto, na prática, acaba prejudicando, já que qualquer ato praticado pode configurar um crime ante o subjetivismo, o que pode gerar arbitrariedade. Conclui-se, portanto, que a amplitude do conceito de crimes lesa-humanidade gera uma insegurança jurídica, o que deve ser evitado em um Estado Democrático de Direito.

A lei penal deve ser precisa e definir de forma cristalina a conduta delituosa. Nesse sentido Claus Roxin adverte:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo. (Tradução nossa).³⁴

33 BRASIL. *Relatório final da Comissão Nacional da Verdade*. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=571>. Acesso em: 29 ago, 2015.

³⁴ Una ley indeterminada o imprecisa y por ello poco clara no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; además es contraria al principio de división de poderes, porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir con ello el terreno legislativo. (ROXIN, C. Derecho penal: parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 169).

A propósito, confira a lição de Juarez Tavares:

[...] o princípio da legalidade, inserido no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, pelo qual se exige uma exata descrição da conduta criminosa, tem por escopo evitar possa o direito penal transformar-se em instrumento arbitrário, orientado pela conduta de vida ou pelo ânimo. Considerando que a função primeira do direito penal é a de delimitar as áreas do justo e do injusto, mediante um procedimento ao mesmo tempo substancial e informativo, a exata descrição dos elementos que compõem a conduta criminosa serve, primeiramente, ao propósito de sua materialização, quer dizer, sua condição espaço-temporal; depois, como instrumento de comunicação entre o Estado e os cidadãos, pelo qual se assinalam as zonas do proibido e do permitido; por fim, de regulação sistemática.³⁵

Vê-se que, pela generalidade dos crimes contra a humanidade, não se sabe em que medida e de que forma essas condutas ingressarão na zona do ilícito e, a fim de se evitar arbitrariedade por parte do Estado, uma vez que a não descrição detalhada da conduta proibida faz com que se perca a função da legalidade, conseqüentemente, o cunho garantista do direito penal e permite ao Estado intervir penalmente para além daquilo que a lei permite, deve-se evitar um tipo penal muito amplo.

4.2 Prescrição

No período em que foi editada a Lei de Anistia, a única norma que regulava a prescrição era o Código Penal, que prevê como maior lapso prescricional o período de 20 anos (art. 109). Com efeito, se considerarmos um delito cometido no último dia abrangido pela anistia (15.08.1979), já estaria extinta a punibilidade com fundamento prescrição em abstrato, em 14.08.1999.³⁶

³⁵ TAVARES, J. *Têoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 201.

³⁶ TANGERINO, D. P. C. *Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas*. SABADELL, A. L.; SIMON, J.-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 296.

No nosso ordenamento jurídico, em regra, o Estado não possui prazos indeterminados para exercer a pretensão punitiva, sendo, portanto, a prescritibilidade dos crimes deve prevalecer.³⁷ A Constituição traz as hipóteses excepcionais de imprescritibilidade: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (respectivamente, art. 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal).

Assim, a Constituição, ao criar as hipóteses de imprescritibilidade, assegurou a prescritibilidade dos crimes, ou seja, ratifica o direito à prescrição como fundamental e não se pode haver uma interpretação extensiva de tal rol, já que não pode ser alterado pelo poder constituinte derivado reformador por ser uma cláusula pétrea.

Ademais, o instituto da prescrição reforça o Estado Democrático de Direito, uma vez que se ampara em diversos princípios fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição Federal), além do que “o processo penal não é apenas meio para efetivar o poder de punir, mas também como meio garantidor dos excessos do poder repressivo estatal.”³⁸

Assim, adotar a tese de imprescritibilidade dos delitos cometidos durante o regime militar seria de certa forma sacrificar o princípio da legalidade, cláusula

³⁷ Há na doutrina quem critique a imprescritibilidade dos delitos: “Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da comunidade, possa merecer a imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente” (ZAFFARONI, E. R. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 645).

³⁸ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, Parte Geral, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.828

pétreo da Constituição da República (art. 5, XXXIX c/c art. 60, § 4º, IV), o que não seria diferente dos Atos Institucionais.³⁹ Isso ensinaria, ainda, na violação “da própria concepção do direito penal da modernidade, diretamente relacionada com a ideia de Estado democrático de direito, adotada pelo Constituinte brasileiro.”⁴⁰

Ademais, o Brasil estaria violando novamente os direitos humanos, o que jamais pode ser adotado por um Estado, já que a dignidade humana é intangível⁴¹, por não ser viável de ponderação, mesmo diante de outros elementos constitucionais protegidos. Acrescente-se que o alongamento sem justificativa da persecução penal afronta a dignidade da pessoa humana, já que autoriza o Estado exerça a persecução penal a qualquer tempo, muitas vezes com arbitrariedade.

Além destas violações, caso se resolva punir anos depois, ou seja, uma responsabilização não esperada, estar-se-ia, também, conflitando com os princípios da integridade e da segurança jurídica, que são “imperativos do sistema jurídico”⁴², ou pilares muito importantes no nosso ordenamento como o da segurança, em que “se assenta o pacto fundante do Estado”⁴³.

³⁹ TANGERINO, D. P. C. Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 297.

⁴⁰ SABADELL, A. L. DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 261.

⁴¹ GRIMM, D. A dignidade humana é intangível, *Revista de Direito do Estado* n.19/20, 2012.

⁴² SABADELL, A. L.; DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D.. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 271.

⁴³ LEWANDOWSKI, R. Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>> Acesso: 22. ago 2015.

Conclui-se, portanto, que o Estado não pode abrir mão dos princípios de um Estado Democrático de direito para atender um clamor de organizações internacionais, pois o contrário geraria uma insegurança jurídica já que os agentes repressores também possuem direitos adquiridos, que a Constituição protege.

Entender de forma contrária seria um regresso do construído até então. Se voltasse para punir os agentes militares, qual seria a garantia do resto da população de que o Estado não vai punir outros casos? Nenhuma, pois estamos diante de uma generalidade tremenda, o que poderia abrir um precedente que pode ser usado de forma diversa da pretendida, minando a segurança jurídica

4.3 Crime de tortura

No Brasil, somente em 1990 que o crime de tortura foi tipificado pela primeira vez no art. 233 do ECA (Lei 8.069/90). Com a promulgação da Lei Federal 9.455/97, esta definiu o crime de tortura e revogou expressamente o art. 233 do ECA.

Dessa forma, no art. 1º, inciso I, da Lei 9.455/97 traz três hipóteses de crime, denominado pela doutrina como tortura prova (alínea a), tortura crime (alínea b) e tortura racismo (alínea c).

Vê-se claramente que o crime de tortura somente foi tipificado em 1990 (desde que contra criança ou adolescente), e os fatos da ditadura militar ocorreram até final da década de 80, o que impede que a norma pudesse retroagir por força do art. 5º, XXXIX, da Constituição da República (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), dispositivo repetido no art. 1º, do Código Penal. “Quer isso dizer que não se admite que lei *post facto* se aplique ao fato incriminado que tenha ocorrido antes de sua vigência.”⁴⁴

⁴⁴ SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Medeiros, 2009. p. 138.

Esses dispositivos, denominados como princípio da anterioridade penal⁴⁵, estão intimamente ligados ao princípio da legalidade (*nullum crime, nula poena sine lege* - art. 5º, XXXIX, CF), ao da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL, CF), ao da personificação da pena (art. 5º, XLV, CF), ao da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF), ao da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), ao do juiz natural e do juiz competente (art. 5º, XXXVII e LIII, CF), ao do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), ao do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e ao da legitimidade das provas (art. 5º, LVI, CF).

Segundo Claus Roxin⁴⁶, o princípio da legalidade é uma exigência irrenunciável do Estado de Direito, e deve a lei estar vigente no momento do fato, ou seja, no momento em que tenha atuado o autor, o partícipe, ou, em caso de omissão, no momento em que deveria ter atuado.

José Afonso da Silva, ao comentar um caso de que a lei nova incrimina fatos que a lei anterior não considerava crimes, afirma:

[...] a lei não retroage; aqui, em verdade, ocorre uma ultratividade da lei velha e revogada; isso significa que a lei revogada, a lei que deixou de existir, continua a projetar seus efeitos para além de sua revogação, em favor do réu, numa espécie de direito adquirido à situação mais favorável prevista na lei revogada.⁴⁷

⁴⁵ Vê-se que tal princípio vem sendo garantido desde 1789, nos arts. 7º e 8º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência; Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

⁴⁶ ROXIN, C. *Derecho penal*: parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manual Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 161-162.

⁴⁷ SILVA, J.A. *Comentário contextual à Constituição*. 6 ed. São Paulo: Medeiros, 2009. p.138.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta a insegurança que geraria caso uma lei incriminadora pudesse retroagir:

Haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, resposta em discussão, se as decisões dos tribunais sempre pudessem ser impugnadas e reimpugnadas, se a existência dos direitos fosse a cada passo renegada. Tal ocorreria se se admitissem leis retroativas.⁴⁸

Portanto, afirmar que os crimes cometidos durante a ditadura militar estariam sujeitos a punição, seria ruir toda a teoria vigente do Direito Penal, bem como o Estado de direito, já que o princípio da legalidade “enuncia a base fundamental do estado de direito”⁴⁹. Acrescente-se que o princípio da legalidade é fruto da conquista da consciência jurídica e negar sua vigência seria ir contra a própria ideia de justiça.

Ademais, não se sustenta o argumento de que o costume internacional é fonte criadora do direito penal, posto que não oferece segurança jurídica, como as normas em sentido estrito, positivadas no ordenamento.

Por outro lado, à época dos fatos, a conduta se enquadrava ao tipo de lesão corporal previsto no artigo 129 do Código Penal tipifica a ofensa da integridade corporal ou à saúde de outrem, com penas de 3 (três) meses a 1 (um) ano de detenção, na modalidade leve; de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, caso seja grave; de 2 (dois) a 8 (oito), se gravíssima; e de 4 (quatro) a 12 (doze), se resulta morte.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. p. 54.

⁴⁹ FERREIRA Filho, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1. p. 28.

Assim, levando-se em conta o maior lapso prescricional possível ao delito, este seria de 16 anos (art. 109, II, do Código Penal), ou seja, os fatos já estariam abrangidos pela prescrição, que ocorrera em 14.08.1995⁵⁰.

4.4 Crime de desaparecimento forçado

O crime permanente “é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro, desaparecimento forçado)”.⁵¹ Esse é um dos pontos em que se sustenta a Corte Interamericana para afastar a incompetência razão do tempo (*ratione temporis*) no caso “Gomes Lund *vs* Brasil”, uma vez que, em tese, o crime ainda ocorreria, como se pode observar do trecho abaixo transcrito:

[...] atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua [...] a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.⁵²

Há julgados do Supremo Tribunal Federal em processos de Extradicação, embora criticável, que reconhece este entendimento e considera o crime de desaparecimento forçado como permanente e, assim, seria possível concretizar a pretensão punitiva do Estado⁵³.

⁵⁰ Considerando o último dia que Lei de Anistia abrange (15.08.1979)

⁵¹ BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1, 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 255.

⁵² Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs* Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação 974. Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Redator p/ acórdão o Min. Ricardo Lewandowski; Extradicação 1150. Plenário. Rel.^a Min.^a

Nesse sentido é o artigo III da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994) (Decreto Legislativo nº 127, de 2011) que prevê:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima.

No entanto, o Estado brasileiro, por meio do art. 1º, da Lei 9.140/95, reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas durante o período do regime militar. Confira:

Art. 1º São reconhecidos [sic] como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

O texto da lei é bem claro, afirma que para todos os efeitos legais os desaparecidos serão reconhecidos como mortos, o que enseja que os crimes de desaparecimento forçado não estão mais ocorrendo, já que está cessada sua permanência.

Ademais, o crime de desaparecimento forçado ainda não foi tipificado, apenas há a tramitação dos Projetos de Lei 301/2007 e 4.038/2008 na Câmara dos Deputados⁵⁴; e, como visto, não se sustenta o argumento de que o costume

Cármem Lúcia. Brasília; Extradção 1278. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes; Extradção 1299. Segunda Turma. Rel.ª Min.ª Cármem Lúcia.

⁵⁴ JARDIM, T. D. M. O caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.).

internacional é fonte criadora do direito penal, uma vez que não gera segurança jurídica como as normas em sentido estrito, positivadas no ordenamento.

Não é possível afirmar que o Tribunal Penal Internacional seja competente para julgar o crime de desaparecimento forçado, uma vez que há uma cláusula afirmando que sua competência apenas abrangerá os crimes cometidos após a entrada em vigor do seu Estatuto (feito em 17.07.1998 e internalizado por meio do Decreto 4388 de 25.09.2002).

Considerando-se a data de vigência da Lei 9.140/95 (05.12.1995 – data de publicação), o crime estaria prescrito em 04.12.2015 com base na pena em abstrato, nos termos do art. 109, I, do Código Penal.

Ademais, a Lei 9.140/95 não tem poder de transformar a vítima em morta para fins penais e suprir a produção de provas e de laudo, ainda que indireto. Além do mais que no processo penal vige o princípio do *in dubio pro reo*⁵⁵.

Portanto, não se pode considerar o crime de homicídio uma vez que na eventual denúncia deverá haver a descrição do fato delituoso para que seja preenchido os requisitos da denúncia (artigo 41 do Código de Processo Penal), ou esta será inepta. Deve-se, ainda, juntar o laudo, sob pena de ausência de materialidade e, conseqüentemente, falta de justa causa.

Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.109-111.

⁵⁵ Decorrente do princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição Federal de 1988, no inciso LVII, do art. 5º, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

5 CONCLUSÃO

Nessa linha, o Brasil deve manter a validade da Lei de Anistia, mesmo que os crimes sejam considerados lesa-humanidade, uma vez que, se invalidada, haverá uma insegurança jurídica, na medida em que o Estado abriria mão de proteger direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal com intuito de fazer valer o seu poder de punir.

Ponderando-se a punição ou a não punição, é melhor acreditar na tentativa de reconciliação com o passado e garantir o perdão aos violadores dos direitos humanos (tanto os opressores como os que lutaram contra o sistema) e, ao mesmo tempo, impedir o Estado de cometer mais violações, pois é o que a Constituição Federal visa evitar. O Supremo deve, portanto, reafirmar a soberania da Constituição em face dos Tratados Internacionais nas ADPF 320 e 153.

6 REFERÊNCIAS

ARENDDT, H. *A condição humana*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

BASTOS, L. E. A. F. *Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBOSA, R. *Obras Completas: Discursos parlamentares, trabalhos jurídicos*. Vol. XXII, Tomo 1. Ministério da Educação e Saúde. Rio de Janeiro, 1952.

BARROS, R. J. M. *Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695>> Acesso em: 2 nov. 2014.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal, Parte Geral*, v.1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 1.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. Crimes contra a humanidade e a jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRIMM, D. A dignidade humana é intangível. *Revista de Direito do Estado* n. 19/20, 2012.

JARDIM, T. D. M. O caso “Guerrilha do Araguaia” e a obrigação de tipificar e julgar o crime de desaparecimento forçado de pessoas. GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. (Org.). *Crimes da ditadura da militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEWANDOWSKI, R. Segurança jurídica é valor indissociável da concepção de Estado de Direito. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/lewandowski-seguranca-juridica-indissociavel-estado-direito>> Acesso em: 22. ago 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO; P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA, E. M. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

PENSKY, M. O *status* das anistias internas no Direito Penal Internacional. *Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011. Disponível em: <www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2011livro_OXFORD.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, A. C. *Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério o tratado de direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>> Acesso em: 15 maio 2015.

RIBEIRO, F. Da supremacia constitucional no Brasil. Universidade Federal do Ceará: Faculdade de Direito. *13 anos de vigência da Constituição Federal de 18 de*

setembro de 1946: homenagem dos professores de direito constitucional Lauro Nogueira e Fávila Ribeiro, 1959.

ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SABADELL, A. L.; DIMOULIS, D. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Medeiros. 6. ed. 2009.

TANGERINO, D. P. C. Direito Penal e Justiça de Transição: algumas ponderações críticas. SABADELL, A. L.; SIMON, J-M.; DIMOULIS, D. (Org.) *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, J. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Dei Rey, 2003.

TRINDADE, A. A. C. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. vol. 1.

ZAFFARONI, E. R. *Manual de Direito Penal brasileiro*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

