

**Paula Vendrúscolo**

**DIÁLOGO INSTITUCIONAL SOBRE A LEI DE ANISTIA:  
STF, CIDH, MPF e Justiça Federal – análise sobre a  
possibilidade de persecução penal de agentes públicos  
que cometeram crimes durante a ditadura militar**

**Monografia apresentada à  
Escola de Formação da  
Sociedade Brasileira de  
Direito Público – SBDP, sob  
a orientação da Professora  
Marina Feferbaum**

**SÃO PAULO  
2013**

**Resumo:** Este trabalho analisou a argumentação do STF, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Ministério Público Federal e dos juízes federais de primeiro grau sobre a possibilidade ou não de persecução penal dos agentes estatais que cometeram crimes durante o período da ditadura militar, em vista da existência da Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia). Propôs-se esclarecer o posicionamento das diversas instituições, inclusive tentando-se averiguar a comunicação de argumentos de uma instituição para outra. Evidenciou-se a recente controvérsia judicial sobre o assunto, assim como os possíveis desfechos do tema na esfera jurisdicional.

**Decisões citadas:** STF: ADPF 153/DF; CIDH: Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil; Justiça Federal: Ação Penal nº 0001162-79.2012.4.01.3901 (2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA); Ação Penal nº 0004204.32.2012.403.6181 (10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP); Ação Penal nº 0004334-29.2012.4.01.3901 (2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA); Ação Penal nº 0011580-69.2012.403.6181 (9ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP); Ação Penal nº 0004823-25.2013.403.6181 (5ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP); Ação Penal nº 0801434-65.2013.4.02.5101 (2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ).

**Palavras-chave:** Lei de anistia; persecução penal; agentes públicos; Ministério Público Federal; STF; CIDH.

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de agradecer aos meus pais que sempre me apóiam, me motivam e promovem meu desenvolvimento acadêmico e pessoal. Também à minha orientadora, Marina Feferbaum, pela atenção e paciência dedicadas a este trabalho, assim como ao meu argüidor na banca, Ivan de Franco.

Agradeço aos meus colegas da Escola de Formação, por todo o companheirismo e suporte emocional, assim como por fazerem do ano de 2013 um momento inesquecível da minha vida. Obrigada aos meus queridos amigos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie que foram muito compreensivos e ao professor Ruber David Kreile, também por sua compreensão e pelo seu apoio.

Por fim, também gostaria de mostrar meu apreço a todos meus amigos que tiveram a oportunidade de me acompanhar durante a realização deste trabalho, sempre atentos às minhas aflições, sempre com grande consideração pela minha pessoa.

## SUMÁRIO

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Introdução.....                                                                               | 6  |
| 1.2. Objetivos da Pesquisa .....                                                                 | 7  |
| 2. Escolhas Metodológicas .....                                                                  | 8  |
| 3. Contexto Constitucional e Convencional.....                                                   | 10 |
| 4. Comparação Argumentativa das Decisões .....                                                   | 14 |
| 4.1. Análise comparativa acerca da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ..... | 16 |
| 4.2. Análise comparativa acerca da prescrição e da imprescritibilidade .....                     | 22 |
| 4.3. Análise comparativa acerca da insuscetibilidade de graça ou anistia ...                     | 29 |
| 4.4. Análise comparativa acerca dos argumentos da vedação internacional de “autoanistia” .....   | 30 |
| 4.5. Análise comparativa acerca do argumento da irretroatividade da lei penal mais gravosa ..... | 32 |
| 4.6. Conclusões parciais da comparação das decisões .....                                        | 34 |
| 5. A Iniciativa do MPF .....                                                                     | 35 |
| 6. As Ações Penais Propostas e as Respostas da Justiça Federal .....                             | 38 |
| 6.1. Argumentos trazidos pelo MPF em suas denúncias.....                                         | 39 |
| 6.1.1. Crimes de caráter permanente .....                                                        | 39 |
| 6.1.2. Considerações sobre a Lei 9.140/95 .....                                                  | 41 |
| 6.1.3. Da qualificação como crimes contra a humanidade .....                                     | 43 |
| 6.1.4. Da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos .....                           | 44 |
| 6.2 Das respostas da Justiça Federal .....                                                       | 45 |
| 6.2.1. As denúncias propostas na Subseção Judiciária de Marabá - PA....                          | 46 |

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6.2.2. As denúncias propostas na Subseção Judiciária de São Paulo – SP                                                                | 48 |
| 6.2.3. Denúncia proposta na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ                                                                | 50 |
| 7. Conclusão.....                                                                                                                     | 53 |
| BIBLIOGRAFIA.....                                                                                                                     | 58 |
| ANEXOS .....                                                                                                                          | 60 |
| (I) Resumo do voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF 153: .....                                                                   | 60 |
| (II) Conteúdo dos votos dos Ministros vencidos na decisão da ADPF 153: ..                                                             | 62 |
| (III) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF, no julgamento da ADPF 153, sobre o tema da prescrição e da imprescritibilidade: .....  | 72 |
| (IV) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF, no julgamento da ADPF 153, sobre o tema da insuscetibilidade de graça ou anistia: ..... | 75 |
| (V) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF sobre o tema da irretroatividade da lei penal mais gravosa:.....                          | 76 |

## 1. Introdução

De 31 de março de 1964 a 15 de janeiro de 1985, o Brasil se encontrava em um regime de ditadura, estabelecido pelos militares que assumiram o poder após um “golpe” que derrubou o então presidente, João Goulart.

Neste período foram instituídos diversos Atos Institucionais<sup>1</sup> e outros aparatos normativos que embasavam o regime autoritário. Assim, ocorreu a cassação de direitos políticos, a repressão a movimentos sociais e a oposição, a censura dos meios de comunicação e o uso de métodos violentos, como a tortura, contra os opositores ao regime.

A oposição ao regime estabelecido não foi sempre pacífica, certos grupos eram armados, assaltavam bancos para financiar seu movimento dissidente, realizaram atentados a bomba e sequestros, entre outros atos criminosos. De ambos os lados houve violência.

Em 1978, já se vislumbrava o fim do regime militar e a redemocratização do país, diversos movimentos se iniciaram para pressionar o governo a conceder anistia aos dissidentes políticos, inclusive sendo criado o Comitê Brasileiro pela Anistia, no Rio de Janeiro. Dentro desse espírito foi promulgada a Lei nº 6.683, a Lei de Anistia, em 28 de agosto de 1979. A lei beneficiou presos políticos, pessoas banidas e exiladas do país, assim como os próprios militares.

A anistia, quando concedida, é causa de extinção de punibilidade, o que significa a renúncia pelo Estado do seu direito de punir<sup>2</sup>, assim, os agentes que são abrangidos por uma anistia não podem ser penalizados pelos crimes que cometeram. A anistia pode ser geral (ampla) ou parcial (restrita), geralmente tem por objeto os crimes políticos, mas não é vedada sua aplicação a crimes

---

<sup>1</sup> Decretos emitidos durante o regime militar que visavam a legitimação e a legalização das ações governamentais à época.

<sup>2</sup> “As causas de extinção da punibilidade implicam renúncia, pelo Estado, do exercício do direito de punir, seja pela não-imposição de uma pena, seja pela não-execução ou interrupção do cumprimento daquela já aplicada” – Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 648.

comuns, a escolha cabe a quem a concede, e no Brasil, a anistia é ato do Congresso Nacional<sup>3</sup>.

A Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) promoveu, após o fim da ditadura militar, a não persecução penal dos agentes estatais que cometeram crimes durante o regime. O entendimento dado foi de que a lei era bilateral, abrangia tanto os dissidentes políticos, quanto os militares que estavam no governo. Assim não podendo os agentes públicos serem punidos por seus atos.

Tal entendimento foi discutido em 2010, judicialmente, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF 153). Em tal ação, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a Lei de Anistia abrangia os agentes estatais, não sendo acolhida interpretação diversa.

Contudo, recentemente (nos anos de 2012 e 2013), o Ministério Público Federal (MPF) vem propondo denúncias<sup>4</sup> de crimes cometidos por agentes públicos durante o período do regime militar, o que parece, de certa forma, contraditório com a existência da Lei de Anistia para tais agentes, e, inclusive, com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153.

## **1.2. Objetivos da Pesquisa**

Este trabalho pretende aclarar o debate sobre a Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) e a possibilidade de persecução penal de agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura militar, assim como demonstrar a controvérsia judicial sobre o tema, em especial nas instâncias inferiores.

Para tanto se analisa as bases argumentativas estabelecidas pelo Ministério Público Federal, baseadas na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no

---

<sup>3</sup> Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pág. 650.

<sup>4</sup> A denúncia é uma das peças acusatórias que ensejam o início da ação penal; "instrumento processual específico da ação penal de iniciativa pública e de atribuição exclusiva do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição)" – Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 387.

julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, que justificaram a propositura de ações penais contra agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura militar.

Busca-se, com esta pesquisa, entender os argumentos utilizados pelo MPF e pelos juízes federais de 1º grau para afastar ou aplicar a anistia concedida pela Lei nº 6.683/79, em face da decisão do Supremo e da decisão da Corte Interamericana sobre o assunto, assim como entender os próprios argumentos do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana utilizados para se afastar ou para se aplicar a Lei de Anistia.

Por fim, visa-se também evidenciar se os argumentos usados por uma ou outra instituição foram reaproveitados ou reutilizados pelas outras, o que poderia demonstrar certo “diálogo institucional”<sup>5</sup>.

## **2. Escolhas Metodológicas**

O universo material da pesquisa foi primeiramente limitado para abranger específicas instituições. No caso, o Supremo Tribunal Federal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Ministério Público Federal e a Justiça Federal em sua primeira instância. Tal seleção não se deu de forma aleatória.

Partimos das manifestações a respeito da persecução penal dos agentes estatais feitas pelo Ministério Público Federal, em especial dos documentos e informações disponibilizados no site da instituição, para chegarmos às origens da questão. Em seu relatório sobre os atos de persecução penal desenvolvidos<sup>6</sup>, o MPF apontou claramente a decisão da Corte Interamericana

---

<sup>5</sup> O “diálogo institucional” pode ser visto como uma resposta dada por uma instituição à outra, dentro do mesmo contexto, inclusive podendo existir o diálogo entre jurisdições. Retiro trecho da entrevista com Conrado Hübner Mendes, sobre diálogo institucional, disponível no site da Sociedade Brasileira de Direito Público: “Enfim, o que a corrente do “diálogo institucional” acrescenta a essa história? Ela relembra que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, não há nada que impeça que a outra instituição responda.” Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/observatorio\\_ver.php?idConteudo=12](http://www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=12)>. Nota elabora em 03.11.2008.

<sup>6</sup> “Crimes da Ditadura – Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a

de Direitos Humanos como fonte de sua motivação, também se manifestando expressamente sobre a decisão do STF.

Assim, foram acrescentados ao universo de pesquisa, primeiramente, a decisão do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF, de 06.08.2010, único acórdão em caráter de controle concentrado emitido pelo STF especificamente sobre a Lei nº 6.683/79, Lei de Anistia<sup>7</sup>, posteriormente, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, de 24.11.2010, caso fático trazido à jurisdição internacional sobre crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira que possui manifestação da Corte sobre a Lei nº 6.683/79, Lei de Anistia<sup>8</sup>.

Também partimos da repercussão gerada pelo Ministério Público para chegarmos aos desdobramentos da questão, que foram exatamente as denúncias propostas pelo MPF no ano de 2012<sup>9</sup> e de 2013<sup>10</sup> e as consecutivas decisões judiciais, de recebimento ou de rejeição, no âmbito da Justiça Federal, tais denúncias e decisões foram expostas pelo Ministério Público em seus relatórios e informativos, também disponibilizados no site da instituição.

Cabe ressaltar que a pesquisa teve enfoque especial na situação jurisdicional da questão debatida, ou seja, foram analisados os acórdãos e decisões judiciais, tanto da esfera nacional quanto da internacional, havendo

---

ditadura.", 2013. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Relatorio\\_Crimes%20Ditadura\\_completo.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditadura_completo.pdf)>. Acesso em: 11.10.2013.

<sup>7</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010. Conforme consulta realizada no site do STF, em 11.10.2013, na qual foi colocado "Plenário" no campo "Órgão Julgador", "LEI ORDINÁRIA (LEI)" no campo "Legislação", "6683" no campo "Número".

<sup>8</sup> Conforme consulta realizada no site da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 11.10.2013, na qual foram encontradas cinco decisões em casos contenciosos que envolvem o Brasil, sendo o Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil o único com a temática da ditadura militar brasileira.

<sup>9</sup> Ação Penal nº 0001162-79.2012.4.01.3901 – 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá - PA; Ação Penal nº 0004204.32.2012.4.03.6181 – 10ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP; Ação Penal nº 0004334-29.2012.4.01.3901 – 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá - PA; Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181 – 9ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP.

<sup>10</sup> Conforme informações disponíveis no site da instituição, disponíveis em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>>. Último acesso em: 12.11.2013.

sido apenas excepcionalmente analisadas outras formas de documento oficial, como o relatório oferecido pelo Ministério Público sobre sua atuação.

Assim, não houve tentativa, por parte desta pesquisa, de buscar opiniões pessoais de quaisquer dos membros das instituições, não tendo sido utilizada qualquer metodologia de entrevista, apenas uma análise de documentos formais emitidos pelas respectivas instituições com o foco ainda mais centrado em manifestações, decisões judiciais e jurisprudência relativa à questão da Lei de Anistia, Lei nº 6.683/79. Havendo, ainda, uma restrição para envolver as decisões “mais relevantes”<sup>11</sup> do ponto de vista da repercussão dessas decisões de uma instituição para outra.

### **3. Contexto Constitucional e Convencional**

A Lei 6.683 de 19 de dezembro de 1979 concede anistia a “todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes”<sup>12</sup>. Ainda, em seu art. 1º, § 1º, dispõe-se: “Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

Sobre o §1º do art. 1º da Lei 6.683/79, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)<sup>13</sup> objetivando a declaração de não recebimento,

---

<sup>11</sup> A repercussão das decisões de uma instituição para outra foi considerada a partir da expressa menção de uma decisão em outra, o que fica mais evidente quando considerada a atuação do MPF e suas justificativas apresentadas no relatório acima citado.

<sup>12</sup> Artigo 1º, *caput*, da Lei 6.683 de 19 de dezembro de 1979: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.”

<sup>13</sup> A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma modalidade de ação de controle concentrado prevista na Constituição Federal de 1988, tal ação é regulada pela Lei nº 9.882 de 3

pela Constituição Federal de 1988, do disposto no parágrafo. Sustentando, a OAB, que haveria notória controvérsia constitucional a propósito do âmbito de aplicação da Lei: “se trata de saber se houve ou não anistia dos agentes públicos responsáveis, entre outros crimes, pela prática de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores políticos ao regime militar”.<sup>14</sup>

Desta ADPF, de número 153, resultou decisão do STF, em 29 de abril de 2010, que julgou, por maioria, improcedente a arguição, nos termos do voto do relator<sup>15</sup>. De tal decisão, podemos destacar da ementa: “A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção.”<sup>16</sup> Assim, a Lei nº 6.683 foi declarada recebida pela Constituição, ou seja, sua constitucionalidade foi assegurada, inclusive quanto à interpretação para abranger os agentes públicos. O que, objetivamente, resulta na exclusão de punibilidade para tais agentes, frustrando possível persecução penal.

Como próprio à lógica decisória do STF, cada Ministro julgador apresentou seu voto, não havendo todos trabalhados os mesmos argumentos para decidir. Soma-se a isso o fato da decisão do STF não ter sido unânime, ou seja, nem todos os Ministros votaram pela constitucionalidade da Lei de Anistia. Mesmo tendo sido feita em Plenário, a votação não teve a participação dos onze Ministros que compunham o órgão à época. O Ministro Joaquim Barbosa estava licenciado e o Ministro Dias Toffoli encontrava-se impedido. Assim, a votação se deu com a presença de nove Ministros: Cezar Peluso (Presidente), Eros Grau (Relator para o caso), Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

---

de dezembro de 1999, que dispõe em seu artigo 1º: “A arguição prevista no §1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”.

<sup>14</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 6, Relatório.

<sup>15</sup> Resumo do voto do relator em anexo.

<sup>16</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 2, Ementa.

Ao final, sete Ministros votaram pela improcedência da ADPF (ou seja, pela constitucionalidade da Lei nº 6.683/79) e dois votaram pela parcial procedência da ação<sup>17</sup>, o Ministro Lewandowski e o Ministro Ayres Britto.

Paralelamente, manifestou-se sobre a Lei 6.683/79, “Lei de Anistia”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, tal caso foi submetido à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, conforme os procedimentos previstos na própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)<sup>18</sup>. A demanda trazida pela comissão se iniciou de uma petição de 7 de agosto de 1995 apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela Human Rights Watch/Americas e discute a responsabilidade do Estado Brasileiro nos atos contra a “Guerrilha do Araguaia” – movimento guerrilheiro de oposição ao regime da ditadura militar organizado pelo Partido Comunista do Brasil que se estruturou nos arredores do rio Araguaia – que teriam culminado em detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do partido e camponeses da região<sup>19</sup>.

O Brasil foi acusado de ter violado os artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial) em conexão com as obrigações do artigo 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e artigo 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

---

<sup>17</sup> Conteúdo dos votos dos Ministros vencidos em anexo.

<sup>18</sup> O Brasil aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992 e a promulgou em 6 de novembro de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm). Acesso em: 11.10.2013.

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), págs. 3 e 4, parágrafo 2.

Em sua decisão de 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado pela violação de diversos artigos da Convenção, em especial declarou que:

“As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.”<sup>20</sup>

E, na mesma decisão, dispôs que:

“O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), pág. 114, item 3.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), pág. 115, item 9.

Assim, quanto à perseguição penal dos agentes públicos que cometeram crimes durante a ditadura, resta um quadro um tanto complexo. Mesmo as duas decisões estando em âmbitos separados, uma no controle concentrado de constitucionalidade, em específico sobre a Lei de Anistia e a interpretação dada ao §1º de seu art. 1º, e, a outra no controle de “convencionalidade”<sup>22</sup>, especificamente sobre o contexto da Guerrilha do Araguaia, pode-se vislumbrar uma contraposição de manifestações a respeito da eficácia da Lei nº 6.683/79 em relação aos agentes estatais.

Por um lado, o STF assegura o recebimento pela Constituição de 1988 da Lei de Anistia de 1979, assegurando a interpretação de que ela se estende aos agentes públicos, garantindo a extinção da punibilidade para esses; por outro, a Corte Interamericana dispõe que a Lei de Anistia brasileira carece de efeitos jurídicos no caso de graves violações de direitos humanos, prezando pela perseguição penal dos agentes responsáveis pelo cometimento de crimes durante a ditadura militar. As duas esferas dão respostas divergentes quanto ao resultado da perseguição penal.

#### **4. Comparação Argumentativa das Decisões**

Podemos já ressaltar que não há um confronto direto entre o STF e a Corte Interamericana em suas respectivas decisões. Vale o apontamento de que a discussão sobre instrumentos internacionais e internos de proteção aos direitos humanos e sobre a atuação da Corte Interamericana é apenas um ponto secundário no voto dos Ministros do STF (quando abordado), a argumentação principal para a tomada de decisão no caso não gira em torno dessa discussão em particular<sup>23</sup>. O STF menciona poucas vezes a Corte

---

<sup>22</sup> Verificação se os atos estatais estão de acordo com as obrigações estabelecidas pela Convenção Internacional, no caso, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

<sup>23</sup> Interessante notar os argumentos trazidos no voto do Ministro Relator Eros Grau para a tomada de decisão, resumo de seu voto encontra-se nos anexos desta monografia.

Interamericana, trazendo poucos argumentos relativos à jurisprudência da Corte. Em linhas gerais, utiliza o argumento da “incompetência” da Corte, por motivos temporais, assim como o argumento pontual de que a Lei de Anistia brasileira não é uma lei de “autoanistia” para afastar a jurisprudência internacional.

Já a Corte, nas questões preliminares de sua decisão, enfrenta questões sobre sua competência e sua legitimidade para interferir, trazidas pelo Brasil quando de sua defesa no caso contencioso, como os pontos sobre sua incompetência, a falta de esgotamento de recursos internos e a “regra da quarta instância”<sup>24</sup>, tendo neste último, analisado a possibilidade de agir mesmo em face da decisão do Supremo.

A Corte se utiliza do argumento da diferenciação entre “controle de constitucionalidade” e “controle de convencionalidade”, além de argumentos como a não apresentação da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos no momento processual oportuno para afastar sua incompetência ou ilegitimidade. Contudo, fica claro que mesmo não havendo um enfrentamento de teses, há diversos argumentos pontuais que encontram tese e antítese por parte das Cortes.

Este capítulo irá expor tais argumentos, evidenciando os pontos que permeiam ambas as Cortes, assim como evidenciando os pontos em que se distanciam, contudo vale a ressalva de que serão selecionados argumentos específicos, aqueles que permeiam a questão da possibilidade ou não de perseguição penal dos agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura, não havendo, aqui, pretensão de se exaurir todos os argumentos utilizados ou apontados nas decisões.

---

<sup>24</sup> Seria o entendimento de que a Corte Interamericana não teria a legitimidade de revisar as decisões adotadas pela corte superior de um país, já que o Sistema Interamericano não foi pensado para constituir um tribunal recursal dos tribunais nacionais.

#### **4.1. Análise comparativa acerca da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Um dos argumentos trazidos pelo STF ao tomar sua decisão foi o argumento da incompetência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como de diversos outros instrumentos internacionais e internos de proteção de direitos humanos, devido à anterioridade do acontecimento dos fatos<sup>25</sup>. A Corte Interamericana seria incompetente, pois o Brasil apenas reconheceu sua competência contenciosa para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

A Corte Interamericana concordou com tal argumento, excluindo de sua análise crimes consumados antes da data de reconhecimento do Brasil, contudo, a Corte entendeu que o crime de “desaparecimento forçado”<sup>26</sup>, pelo qual o Brasil também foi acusado, é um crime de caráter permanente (ou contínuo), estando o crime em plena consumação enquanto não se souber o paradeiro da vítima. Ou seja, o crime não se consumou anteriormente à data de reconhecimento, o crime permanece em consumação até os dias atuais (posteriormente ao reconhecimento da competência contenciosa pelo Brasil), podendo, então, ser analisado pela Corte.

Além dos crimes de caráter permanente, a Corte também entendeu que há fatos ocorridos posteriormente à data do reconhecimento, os quais

---

<sup>25</sup> Argumento trazido no voto do Ministro Relator Eros Grau (pág. 37), ressaltado tal ponto no resumo feito de seu voto no anexo; argumento da não aplicação dos dispositivos internos e internacionais também apareceu no voto do Ministro Celso de Mello (pág. 185): “Há a considerar, ainda, o fato – que se revela constitucionalmente relevante – de que a Lei de Anistia foi editada em momento que precedeu tanto a adoção, pela Assembléia Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), quanto a promulgação, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei nº 9.455, que definiu e tipificou, entre nós, o crime de tortura. Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados – insista-se – após a vigência daquele benéfico diploma legislativo.” (sem os grifos originais).

<sup>26</sup> Ato que constitui, pelo entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “uma violação múltipla que se inicia com uma privação de liberdade contrária ao artigo 7 da Convenção Americana”. Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), pág. 45, parágrafo 122.

genericamente se associam às omissões estatais, por parte do Brasil, de investigar e punir os fatos ocorridos violadores de direitos humanos<sup>27</sup>. Observa-se na própria decisão da Corte:

“O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os “fatos posteriores” a esse reconhecimento. Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência. Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento.

Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, 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

---

<sup>27</sup> Seria uma violação aos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.

Além disso, o Tribunal pode examinar e se pronunciar sobre as demais violações alegadas, que se fundamentam em fatos que ocorreram ou persistiram a partir de 10 de dezembro de 1998. Ante o exposto, a Corte tem competência para analisar os supostos fatos e omissões do Estado, ocorridos depois da referida data, relacionados com a falta de investigação, julgamento e sanção das pessoas responsáveis, *inter alia*, pelos alegados desaparecimentos forçados e execução extrajudicial; a alegada falta de efetividade dos recursos judiciais de caráter civil a fim de obter informação sobre os fatos; as supostas restrições ao direito de acesso à informação, e o alegado sofrimento dos familiares.”<sup>28</sup>

Assim, ao se observar a decisão da Corte Interamericana, pode-se considerar que, não apenas há atos praticados pelo Brasil que são posteriores à data de reconhecimento (os atos omissivos em relação à investigação e à perseguição penal), assim como, há o caráter permanente de certos crimes cometidos à época que permitem que os fatos tornem-se atuais, e pertinentes à competência temporal da Corte.

A Corte traz como crime permanente o de “desaparecimento forçado”, inexistente na legislação brasileira, mas o próprio Ministro Lewandowski, quando tratou das preliminares em seu voto, aventou a possibilidade do crime de sequestro ser crime permanente, conforme jurisprudência do STF no

---

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), págs. 9 e 10, parágrafos 16 a 18.

juízo da extradicação nº 974<sup>29</sup>, tal crime seria a correspondência interna para o tipo penal internacional.

Além das possibilidades de crimes permanentes e violações posteriores ao reconhecimento, a Corte Interamericana também defende sua competência pela tese de diferenciamento do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. A Corte Interamericana afirma que seu âmbito de atuação difere do âmbito do STF, já que este faz o controle de constitucionalidade da questão (a constitucionalidade da Lei de Anistia frente à Constituição brasileira de 1988) e aquela faz o controle de convencionalidade (a compatibilidade dos atos estatais frente à Convenção Americana sobre Direitos Humanos)<sup>30</sup>.

Contudo, pode-se constatar certa contradição por parte deste argumento. As convenções e tratados internacionais, em especial sobre

---

<sup>29</sup> "Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Extradicação 974, da qual sou redator para o acórdão, originalmente distribuída ao Min. Marco Aurélio, que o crime de sequestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protraí-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais." STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 103 e 104, Voto Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>30</sup> "A demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende revisar a sentença do Supremo Tribunal Federal, decisão que nem sequer havia sido emitida quando aquele órgão apresentou sua demanda perante a Corte Interamericana, mas que se estabeleça se o Estado violou determinadas obrigações internacionais dispostas em diversos preceitos da Convenção Americana, em prejuízo das supostas vítimas, inclusive, *inter alia*, o direito de não ser submetido a um desaparecimento forçado decorrente dos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana, o direito à proteção judicial e às garantias judiciais relativos ao esclarecimento dos fatos e à determinação das responsabilidades individuais por esses mesmos fatos, decorrentes dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana, o que inclui, eventualmente, as decisões de tribunais superiores. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento No. 153 (*infra* par. 136), mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar." Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), pág. 20, parágrafos 48 e 49.

direitos humanos, também entram no âmbito de esfera de apreciação do judiciário, já que o Brasil e os seus órgãos estão submetidos a esses instrumentos. Dizer que a Constituição aceita certa norma, que um tratado internacional do qual o Brasil é parte não aceita, é duvidoso quanto à própria aceitação do tratado na ordem interna. A própria Corte Interamericana acaba por repreender o Estado brasileiro por não aplicar o disposto na Convenção e por não exercer o controle de convencionalidade devido:

“Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas

do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.”<sup>31</sup> (grifos próprios)

Assim, pode-se dizer que se tornou falho o argumento do STF em relação à incompetência temporal da Corte Interamericana, já que tal argumento foi confrontado diretamente pela Corte, com fundamento no caráter permanente de certos crimes e na ocorrência de omissões estatais violadoras da Convenção posteriores ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana. Também se torna falho o argumento da Corte Interamericana de que não está a revisar matéria decidida pelo STF, pois os âmbitos de atuação não seriam os mesmos, já que a própria instituição se manifestou de forma contrária a tal argumento, repreendendo o Estado Brasileiro por não realizar o controle do convencionalidade necessário.

---

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), págs. 65 e 66, parágrafos 176 e 177.

## **4.2. Análise comparativa acerca da prescrição e da imprescritibilidade**

Outro argumento trazido nos votos dos ministros (os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e Gilmar Mendes tratam mais explicitamente dessa questão<sup>32</sup>), em especial no voto do Ministro Marco Aurélio<sup>33</sup>, é sobre a prescrição dos crimes, ou seja, passado o prazo prescricional máximo (de vinte anos<sup>34</sup>) desde os acontecimentos dos fatos, também estaria extinta a punibilidade dos crimes cometidos pela prescrição<sup>35</sup>. Tal argumento parece visar reforçar a impossibilidade de persecução penal dos agentes, pois, de qualquer maneira, tanto pela anistia, quanto pela prescrição, estaria extinta a pretensão punitiva do Estado.

Por parte do STF apenas um ministro foi contra tal argumento, o Ministro Lewandowski, vencido na decisão, que claramente apontou a possibilidade do caráter permanente de certos crimes, em específico citando o crime de sequestro<sup>36</sup>, o que afastaria a prescrição, já que o crime continuaria

---

<sup>32</sup> Conteúdo dos votos dos Ministros sobre a prescrição e a imprescritibilidade transcrito para o anexo deste trabalho.

<sup>33</sup> O Ministro Marco Aurélio insistiu para votação das preliminares antes do mérito e foi o único a votar, em sede de preliminares, pela extinção do processo sem julgamento de mérito, por falta de interesse processual, justamente por que considerava que o tempo ultrapassado entre os fatos e o julgamento da ADPF é maior do que o prazo prescricional para persecução penal e maior que o prazo para indenizações.

<sup>34</sup> O Código Penal Brasileiro prevê em seu artigo 109 que o maior prazo prescricional é de vinte anos: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze; III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro; V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois; VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano. VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade."

<sup>35</sup> Art. 107 do Código Penal Brasileiro: "Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei." (grifos próprios).

<sup>36</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 103 e 104, Voto Ministro Ricardo Lewandowski.

em plena consumação enquanto não fossem encontrados a vítima ou seus restos mortais, não ocorrendo o início da contagem do prazo prescricional antes disso.

Além de defender que o prazo prescricional já teria corrido, assim estando extinta a punibilidade também pela prescrição, além de pela anistia, aparece nos votos o argumento da impossibilidade de aplicação de regras de imprescritibilidade dos crimes<sup>37</sup>. A imprescritibilidade é prevista no âmbito internacional em especial aos crimes que gerem graves violações a direitos humanos, existem diversos documentos internacionais que visam à imprescritibilidade de certos crimes (Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, por exemplo) e a própria Constituição Federal de 1988 prevê hipótese de imprescritibilidade em seu artigo 5º, incisos XLII e XLIV, para a prática de racismo e para ações de grupos armados contra a “ordem constitucional e o Estado democrático”.<sup>38</sup>

Em suma, os ministros argumentam que os tratados internacionais não foram adotados pelo Brasil anteriormente à Lei de Anistia, e, portanto, não poderiam ser aplicados a essa lei de forma retroativa, além de afirmarem que o Brasil nunca aderiu à “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade” das Nações Unidas. O Ministro Celso de Mello ainda vai além para afirmar que somente a lei interna poderia dispor sobre a imprescritibilidade, não sendo matéria pertinente a convenções internacionais. Apenas o Ministro Marco Aurélio traz argumento para contestar o dispositivo constitucional em específico, afirmando que, mesmo se a Constituição atual pudesse ser aplicada à Lei de Anistia, não seria o caso previsto pela Constituição para imprescritibilidade, já que, no caso, não seriam “grupos armados” contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, mas sim a própria ação estatal.

---

<sup>37</sup> Conteúdo dos votos também transcrito no anexo da monografia.

<sup>38</sup> Art. 5º, XLII, CF: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”; Art. 5º, XLIV, CF: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

A Corte Interamericana apenas rebate o argumento da prescrição da mesma forma pela qual afirmou sua competência para julgar a matéria, afirmando que o crime de desaparecimento forçado é delito de caráter permanente, ou seja, não poderia ter iniciada sua prescrição enquanto não se soubesse o paradeiro das vítimas. Entretanto, outra forma de raciocínio aparece na decisão, mas dentro do voto do Juiz "*ad hoc*"<sup>39</sup>, Roberto de Figueiredo Caldas, apontando que pelo costume internacional os crimes considerados de "lesa-humanidade" seriam imprescritíveis e pela imperatividade do direito internacional, pelo "*jus cogens*", tal imprescritibilidade seria resguardada mesmo para os países que não aderiram aos pactos ou convenções que dispõem sobre tanto. Observa-se em seu voto:

"Não obstante a questão de fundo do Caso Guerrilha do Araguaia não tratar de discussão sobre a competência específica da Corte para proceder à ampliação material do conceito de *jus cogens*, teço alguns comentários sobre a possibilidade e a pertinência de examinar os crimes de lesa-humanidade. Na esteira do caso Goiburú, o julgamento do caso Almonacid demonstra que o *jus cogens* transcende o Direito dos Tratados e abarca o Direito Internacional em geral, inclusive o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Desafia a finalidade com a qual a Corte foi instituída não permitir que ela considere como imperativos determinados

---

<sup>39</sup> Sobre juízes "*ad hoc*" na Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe apontamento ao artigo 10 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos: "Artigo 10. Juízes *ad hoc*: 1. O juiz que for nacional de um dos Estados Partes num caso submetido à Corte, conservará seu direito de conhecer do caso. 2. Se um dos juízes chamados a conhecer de um caso for da nacionalidade de um dos Estados Partes no caso, outro Estado Parte no mesmo caso poderá designar uma pessoa para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*. 3. Se dentre os juízes chamados a conhecer do caso, nenhum for da nacionalidade dos Estados Partes no mesmo, cada um destes poderá designar um juiz *ad hoc*. Se vários Estados tiverem o mesmo interesse no caso, serão considerados como uma única parte para os fins das disposições precedentes. Em caso de dúvida, a Corte decidirá: 4. Se o Estado com direito a designar um juiz *ad hoc* não o fizer dentro dos trinta dias seguintes ao convite escrito do Presidente da Corte, considerar-se-á que tal Estado renuncia ao exercício desse direito. 5. As disposições dos artigos 4, 11, 15, 16, 18, 19 e 20 deste Estatuto serão aplicáveis aos juízes *ad hoc*."

direitos. A Corte pode e , mais do que isto, tem a obrigação de atribuir natureza de *jus cogens* àqueles direitos mais caros à pessoa, componentes do núcleo duro de proteção ("*hard core of human rights*"), de modo a protegê-la e a cumprir a finalidade de proteção aos direitos humanos agasalhados na Convenção Americana.

A noção do crime de lesa-humanidade produziu-se já nos primórdios do século passado, estando consubstanciado no preâmbulo da Convenção de Haia sobre as Leis e Costumes de Guerra (1907), segundo o qual os Estados pactuantes submetem-se às garantias e ao regime dos princípios do Direito Internacional preconizados pelos costumes estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública<sup>40</sup>.

Do mesmo modo, deve-se atentar para o papel exercido pelo Estatuto de Nuremberg no estabelecimento dos elementos caracterizadores dos crimes de lesa-humanidade. Reconheceu-se a existência de um costume internacional, como uma expressão do Direito Internacional que proibia esses crimes (Caso Almonacid, parágrafo 96). Diferentemente deste caso, Almonacid referiu-se a um único atentado, mas difícil portanto de classificar como crime de lesa-humanidade, e mesmo assim esta Corte estabeleceu o precedente memorável.

O ex-presidente da Corte, A.A. Cançado Trindade, em seu voto separado no Caso Almonacid, lembrou que a configuração dos crimes contra a humanidade é uma manifestação mais da consciência jurídica universal, de sua pronta reação aos crimes que afetam a humanidade como um todo. Destacou que com o passar do tempo, as normas que vieram a definir os "crimes

---

<sup>40</sup> Referência original: "Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros versus Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C No. 154, par. 94."

contra a humanidade” emanaram, originalmente, do Direito Internacional consuetudinário, e desenvolveram-se, conceitualmente, mais tarde, no âmbito do Direito Internacional Humanitário, e, mais recentemente no domínio do *jus cogens*, do direito imperativo (Almonacid, parágrafo 28).

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

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou, em 26 de novembro de 1968, a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Deve-se identificar como característica desta convenção que ela não é criadora-inovadora do Direito, mas sim consolidadora, razão pela qual ainda que não ratificada ela deverá ser aplicada pelo Estado. Na mesma esteira, em 1974, o Conselho da Europa elaborou a Convenção Européia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade e dos Crimes de Guerra.

Assim o fizeram não por uma imposição de tratativas. Não é fruto, pois, de conclusão alcançada por meio do processo de negociação, assinatura, ratificação e referendo parlamentar que pressupõe toda a adoção de tratado internacional. A bem da verdade, **esses instrumentos supranacionais só fazem reconhecer aquilo que o costume internacional já determinava.**

Também ocorreu, no tocante à Convenção de Viena de 1969, tratado multilateral de consolidação das regras costumeiras

de celebração de tratados entre Estados soberanos. Desde a sua efetiva entrada em vigor em âmbito internacional, em 1980, passaram-se longos 29 anos até que o Brasil internalizasse a Convenção, vindo a fazê-lo sob a imposição de duas reservas aos termos da Convenção.

Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153).<sup>41</sup>

Tal raciocínio também foi aventado pela acusação em suas alegações, que afirmou que os crimes contra a humanidade seriam inaniistáveis e imprescritíveis (considerando-se o direito internacional):

“(...) 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

---

<sup>41</sup> Voto Fundamentado do Juiz *Ad Hoc* Roberto De Figueiredo Caldas com Relação à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos No Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil de 24 de Novembro de 2010, págs. 6 a 8. (grifos originais).

humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniistáveis e imprescritíveis.”<sup>42</sup>

Contudo, o próprio juiz *ad hoc* faz ressalva a seu argumento, ressaltando que mesmo que os crimes considerados sejam classificados como de lesa-humanidade, tal classificação não é vinculante para a esfera penal nacional (ou internacional), pois a Corte não tem competência para julgar os indivíduos, em si, que cometeram os crimes, mas sim competência para condenar o Estado brasileiro:

“É bom frisar que embora esta Corte tenha competência para guardar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em certos casos é levada a tomar conhecimento de crimes. A Corte carecerá, por óbvio, de competência para julgar penalmente os indivíduos pelos crimes, mas terá a competência para analisar os fatos e a eles aplicar consequências em sua esfera de atuação, condenando o Estado que permitiu ou agiu para que os crimes fossem perpetrados. E ao conhecer da matéria, a Corte tem a obrigação de aplicar o Direito à espécie concreta, sob pena de injustificável omissão. E ao classificar um crime como de lesa-humanidade ou crime grave contra direitos humanos, a Corte faz de maneira incidental (*obeter dictum*) e não vinculante da esfera penal, nacional ou internacional.”<sup>43</sup>

Assim, quanto a temática da prescrição e da possível aplicação de normas de imprescritibilidade para certos crimes cometidos durante a ditadura, penso que o que se destaca é, novamente, o argumento do caráter

---

<sup>42</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), págs. 67 e 48, parágrafo 127.

<sup>43</sup> Voto Fundamentado do Juiz *Ad Hoc* Roberto De Figueiredo Caldas com Relação à Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos No Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil de 24 de Novembro de 2010, pág. 8.

permanente do crime de “desaparecimento forçado”, que corresponde ao tipo do sequestro no direito interno, o que poderia desqualificar o argumento dos crimes estarem abarcados pela prescrição, assim estando extinta a punibilidade. Também penso que se destaca a postura da Corte Interamericana que não se utilizou do argumento do “jus cogens” (imperatividade do direito internacional) para impor a imprescritibilidade dos crimes, mesmo este argumento sendo trazido pela acusação e pelo voto do juiz *ad hoc*, a Corte Interamericana, me parece, voltou sua argumentação para a obrigação constante da Convenção Americana, documento vinculante para o Brasil.

#### **4.3. Análise comparativa acerca da insuscetibilidade de graça ou anistia**

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º, inciso XLIII, dispositivo que prevê a insuscetibilidade de graça e anistia para certos crimes como a tortura, o terrorismo, os crimes definidos como hediondos, entre outros.<sup>44</sup> Tal disposição poderia abarcar certos crimes cometidos por agentes estatais no período da ditadura militar.<sup>45</sup>

Para afastar tal previsão, os Ministros do STF (Eros Grau, Cármen Lúcia, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso de forma mais explícita) utilizam o argumento de que a previsão constitucional veio à tona posteriormente à Lei de Anistia, não podendo retroagir para alcançá-la. O Ministro Eros Grau afirma que a Constituição atual não alcança a Lei de Anistia por essa ser uma lei-medida e haver uma “impossibilidade lógica”, já que a anistia já estaria

---

<sup>44</sup> Art, 5º, XLIII, CF: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo, e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

<sup>45</sup> Aqui, acho que tal possibilidade foi mesmo considerada pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto na ADPF 153: “Atualmente, a anistia decretada nas condições antes explicitadas – concedida aos autores de crimes políticos e seus conexos (de qualquer natureza), incluídos os crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, desaparecimento forçado, abuso de autoridade, lesões corporais, estupro e atentado violento ao pudor contra opositores – contraria o sistema constitucional vigente, em especial o seu art. 5º, pelo que seria com ela incompatível.” - STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 90, Voto Ministra Cármen Lúcia.

consumada; já a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Celso de Mello utilizam o argumento da vedação de retroatividade de lei mais gravosa; os outros Ministros apenas apontam a impossibilidade temporal de aplicação de forma mais genérica<sup>46</sup>.

A Corte Interamericana não responde a esses argumentos de forma direta ou explícita, contudo podemos retirar de seus argumentos em outros pontos que haveria a vedação da possibilidade de se anistiar crimes que sejam graves violações dos direitos humanos. A anistia ou a concessão de graça seriam contrárias às obrigações de investigação e persecução penal contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Fora isso, também pode-se argumentar o caráter permanente do crime de “desaparecimento forçado”, o que também afastaria o argumento da impossibilidade temporal de aplicação dos preceitos constitucionais recentes.

#### **4.4. Análise comparativa acerca dos argumentos da vedação internacional de “autoanistia”**

Os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso trazem em seus votos argumento complementar ao da incompetência temporal para tentar afastar a aplicação da jurisprudência dos órgãos internacionais, em especial da própria Corte Interamericana (citada explicitamente no voto do Ministro Celso de Mello<sup>47</sup>), o argumento também parece visar reforçar a validade da Lei de

---

<sup>46</sup> Transcrição do conteúdo dos votos dos Ministros sobre a temática em questão encontra-se no anexo a este trabalho.

<sup>47</sup> “Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., os casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) –, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia.” A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o seqüestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em

Anistia brasileira e a não persecução penal dos agentes. O que os Ministros alegam é que o Direito Internacional recriminaria “autoanistias”, ou seja, leis de anistia que visam eximir somente os agentes estatais, sem caráter bilateral.

A partir dessa premissa, os Ministros afirmam que a Lei de Anistia brasileira possui caráter bilateral, já que eximiu tanto os agentes estatais quanto os agentes não estatais, que proveio de um acordo e que, assim, não se classificaria como uma “autoanistia”, não sendo então objeto de vedação pelo Direito Internacional.

A Corte Interamericana ataca esse argumento explicitamente (pois também foi alegado na defesa brasileira diante do julgamento na Corte Interamericana) dizendo que não somente as “autoanistias” são recriminadas pelo Direito Internacional, mas sim qualquer ato que vise eximir a responsabilidade pelo cometimento de graves violações de direitos humanos, ou seja, mesmo uma anistia “bilateral”, fonte de um “acordo”, se permitir que não haja persecução penal de agentes que cometeram graves violações de direitos humanos, estaria indo contra o direito internacional, contra a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

“Quanto à alegação das partes a respeito de que se tratou de uma anistia, uma auto-anistia ou um “acordo político”, a Corte observa, como se depreende do critério reiterado no presente caso (*supra* par. 171), que a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime

---

inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.” STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 183 a 184, Voto Ministro Celso de Mello (sem os grifos originais).

militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção.”<sup>48</sup>

O que fica evidente é que se tornou falho o argumento trazido pelos Ministros de que a Lei de Anistia brasileira não seria uma “autoanistia”, e, portanto, não estaria abrangida pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já que a própria Corte Interamericana indica que sua jurisprudência não seria restrita somente a leis de “autoanistia”.

#### **4.5. Análise comparativa acerca do argumento da irretroatividade da lei penal mais gravosa**

Mais um argumento pela validade da Lei de Anistia e pela não perseguição penal dos agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura, trazido pelos Ministros do STF (Cármem Lúcia, Ellen Gracie, Celso de Mello e Cezar Peluso, de forma mais específica<sup>49</sup>), foi o argumento da vedação de retroatividade de lei penal mais gravosa.

Por tal raciocínio, a Lei de Anistia eximiu diversas pessoas que cometeram crimes, e se ela fosse revista, tanto pelo judiciário, quanto pelo legislativo, a nova interpretação, ou a nova lei aplicada seria mais gravosa para essas pessoas, pois permitiria que elas fossem julgadas e condenadas por crimes, o que não acontecia com a lei como estava antes. Assim, partindo do princípio da revisão pró réu, de que somente pode retroagir lei ou

---

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), pág. 65, parágrafo 175.

<sup>49</sup> Transcrição do conteúdo dos votos dos Ministros sobre a irretroatividade da lei penal mais gravosa no anexo.

interpretação legal mais benéfica ao réu, se revista a Lei de Anistia, a revisão não poderia alcançar os fatos anteriores, não poderia permitir a persecução penal de agentes já anistiados.

A Corte Interamericana para tratar da irretroatividade utiliza também o argumento já apontado de que o crime de desaparecimento forçado teria caráter permanente. Por tal argumento, mesmo havendo mudança na aplicação da Lei de Anistia, tal mudança não poderia ser considerada como posterior ao fato, pois o fato delitivo permanece ocorrendo, até os dias atuais, enquanto não sabido o paradeiro das vítimas. Ou seja, não haveria qualquer retroatividade para alcançar fatos passados, pois o fato é atual.

Destaca-se da decisão da Corte Interamericana:

“Adicionalmente, com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (*supra* pars. 110 e 121) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado.”<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos: sentencia do caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), págs. 66 e 67, parágrafo 179.

Novamente observa-se o argumento do caráter permanente do crime para se afastar argumentos contrários à persecução penal dos agentes.

#### **4.6. Conclusões parciais da comparação das decisões**

Parece-me certo que o STF e a Corte Interamericana de Direitos Humanos utilizaram-se de argumentos muito distintos em suas decisões, o que poderia se esperar, já que as decisões apresentaram resultados divergentes.

As decisões não se comunicam diretamente, a Corte Interamericana parece tentar atuar no vazio deixado pelo STF: a existência do caráter permanente no crime de desaparecimento forçado. O que extraio dessa primeira análise é que o argumento do caráter permanente parece abrir uma lacuna na decisão do STF, por afastar diversos de seus argumentos contrários à persecução penal dos agentes públicos.

O que realmente fica como uma contraposição direta é o posicionamento das Cortes em relação à Lei de Anistia, já que o STF a considerou constitucional e aplicável para impedir a persecução penal dos agentes públicos e a Corte Interamericana a considerou incompatível com a obrigação gerada pela Convenção e não aplicável para impedir a persecução penal dos agentes.

Diante desse quadro, analisaremos em seguida as ações tomadas pelo Ministério Público Federal em termos de persecução penal e evidenciaremos os argumentos utilizados pela instituição tanto para afastar a decisão tomada pelo STF, quanto para efetivar a decisão tomada pela Corte Interamericana no âmbito interno.

## 5. A Iniciativa do MPF

O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou ações penais contra agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura. A coordenação da atuação do MPF nesses casos tem sido realizada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2CCR) que criou o Grupo de Trabalho Justiça de Transição (GTJT) para auxiliá-la. Podemos observar que o MPF retirou bases para sua atuação da decisão da Corte Interamericana, como apontado em seu Ofício de 19 de março de 2013, que define plano de trabalho para o Grupo de Trabalho Justiça de Transição:

“Nos termos do art. 1º da Portaria 21, incumbe ao grupo examinar os aspectos criminais da sentença da Corte IDH no caso Gomes Lund vs. Brasil com o objetivo de fornecer apoio jurídico e operacional aos Procuradores da República para investigar e processar casos de graves violações a DH cometidas durante o regime militar”.<sup>51</sup>

Ainda mais especificamente, o MPF divulgou o Relatório preliminar de atos de perseguição penal desenvolvidos acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura<sup>52</sup>, no qual se encontra um capítulo destinado às “Teses institucionais adotadas pela 2CCR e pelo GTJT”. Deste relatório fica claro que o MPF retira da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos seu dever de investigar, esclarecer os fatos e responsabilizar penalmente os agentes de condutas violadoras de

---

<sup>51</sup> Ofício nº 71/2013-PRm/CAC, de 19 de março de 2013. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/planos-de-trabalho/Oficio%2071-2013%20Justica%20de%20Transicao.pdf>>. Acesso em: 12.10.2013.

<sup>52</sup> “Crimes da Ditadura – Relatório preliminar de atos de perseguição penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.”, 2013. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Relatorio\\_Crimes%20Ditadura\\_completo.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditadura_completo.pdf)>. Acesso em: 11.10.2013.

Direitos Humanos, já que exerce o papel de titular exclusivo da ação penal pública.

Ainda nesse Relatório, o MPF faz considerações sobre as decisões emitidas na ADPF 153 e no Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil, afirmando que tais decisões não são incompatíveis. O MPF, inclusive, se baseia na opinião de André de Carvalho Ramos,<sup>53</sup> professor do Departamento de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A tese, então defendida, é de que o STF exerceu seu papel no controle de constitucionalidade da Lei de Anistia, enquanto a Corte Interamericana exerceu sua função no controle de convencionalidade (argumento também utilizado pela própria Corte Interamericana na defesa de sua competência), havendo apenas um conflito aparente entre as decisões.

Para tal tese, o STF não teria se pronunciado a respeito da compatibilidade da Lei de Anistia com os tratados internacionais de Direitos Humanos, as instituições teriam agido em esferas diversas, como um “duplo controle”.<sup>54</sup> Destaca-se da tese adotada pelo MPF (retirada do artigo de André de Carvalho Ramos):

“[O] STF, que é o guardião da Constituição (...) exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153, a maioria dos votos decidiu que a anistia aos agentes da ditadura militar é a interpretação adequada da Lei de Anistia e esse formato amplo de anistia é que foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

De outro lado, a Corte de San José é a guardiã da CADH e dos tratados de DH que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte Interamericana, a Lei

---

<sup>53</sup> RAMOS, André de Carvalho. “Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte IDH” in Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (coord.), Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 217-218.

<sup>54</sup> “Crimes da Ditadura – Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.”, 2013, pág. 25. Disponível em: [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Relatorio\\_Crimes%20Ditadura\\_completo.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditadura_completo.pdf). Acesso em: 11.10.2013.

de Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Mais: sequer as alegações de prescrição, bis in idem e irretroatividade da lei penal gravior merecem acolhida.

Com base nessa separação vê-se que é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José.

(...)

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destruída no controle de convencionalidade.

Por sua vez, as teses defensivas de prescrição, legalidade penal estrita etc., também deveriam ter obtido a anuência dos dois controles.

Como tais teses defensivas não convenceram o controle de convencionalidade e dada a aceitação constitucional da internacionalização dos DH, não podem ser aplicadas internamente.”<sup>55</sup>

Aqui vale a ressalva que as ações penais propostas pelo MPF nos anos de 2012 e 2013 não foram as primeiras envolvendo violações de direitos humanos durante o regime militar<sup>56</sup>. Contudo, foram as primeiras após a adoção da tese institucional mencionada, fornecendo em si os exemplos da repercussão das decisões do STF e da Corte Interamericana. Assim, pode-se concluir que o MPF legitima a sua atuação na propositura das mais recentes ações penais que visam a responsabilizar agentes públicos que cometeram

---

<sup>55</sup> Ramos, André de Carvalho. “Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte IDH” in Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (coord.), Crimes da Ditadura Militar – Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 217-218.

<sup>56</sup> O próprio MPF aponta em seu Relatório que as suas primeiras iniciativas foram em 2008 e 2009.

crimes durante a ditadura tanto dos dispositivos da decisão da Corte Interamericana que, como já visto, apontam para a necessidade de persecução penal, quanto da tese por ele adotada de que a decisão da Corte e a decisão do STF não são incompatíveis, e de que haveria apenas aparente conflito.

## **6. As Ações Penais Propostas e as Respostas da Justiça Federal**

O Ministério Público Federal (MPF) ofereceu seis denúncias sobre crimes cometidos no contexto da ditadura militar brasileira nos anos de 2012 e 2013<sup>57</sup>. Cinco dessas denúncias foram sobre o crime de sequestro qualificado (art. 148, §2º, CP), enquanto uma denúncia foi sobre o crime de ocultação de cadáver (art. 211, CP). Duas denúncias foram propostas na Subseção Judiciária de Marabá - PA, três foram propostas na Subseção Judiciária de São Paulo - SP e uma foi proposta na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ.

Alguns argumentos trazidos pelo MPF em suas denúncias e em suas cotas introdutórias às denúncias<sup>58</sup> são explícita ou implicitamente retirados das decisões do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, já outros não apareceram nas decisões, são “inovadores” por parte da instituição do Ministério Público, a seguir analisaremos de maneira geral os argumentos trazidos pelo MPF em suas denúncias e em suas cotas introdutórias às denúncias, fazendo um apanhado geral de todos os argumentos utilizados, assim como veremos quais foram as respostas dadas pela Justiça Federal às denúncias realizadas.

---

<sup>57</sup> Conforme dados do site da instituição: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>> Última consulta em: 11.11.2013

<sup>58</sup> As cotas introdutórias são manifestações apresentadas juntamente com a denúncia, nas quais o MPF tenta aprofundar mais as questões argumentativas teóricas (e não materiais) trazidas para justificar a propositura da denúncia, em especial as questões sobre a permanência do crime de sequestro, efeitos da decisão da Corte Interamericana, qualificação dos crimes como “crimes contra a humanidade e competência da Justiça Federal. Vale ressaltar que todas as denúncias sobre crime de sequestro foram acompanhadas de cotas contendo maiores explicações do embasamento teórico para a possibilidade de ajuizamento da ação, contudo não foi possível acesso à cota da última denúncia ajuizada pelo MPF na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ, já que tal cota não foi disponibilizada no site oficial da instituição, ou no site da Justiça Federal, também não houve possibilidade de locomoção física para averiguação.

## **6.1. Argumentos trazidos pelo MPF em suas denúncias**

O MPF traz uma gama diversa de argumentos para defender a persecução penal dos agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura, alguns mais principais, que sozinhos poderiam levar a possibilidade de persecução penal dos agentes, e outros mais secundários ou subsidiários, utilizados como suporte para outras formas de entendimento da questão.

Seus argumentos dividem-se por considerações das normas internas brasileiras e por considerações sobre as normas internacionais, assim como por temas mais específicos os quais tentaremos abordar nos próximos itens.

### **6.1.1. Crimes de caráter permanente**

Interessante notar que todas as denúncias oferecidas pelo MPF foram sobre crimes considerados de caráter permanente. Esta característica dos crimes permite diversas argumentações, inclusive algumas já observadas na decisão do STF e da Corte Interamericana. Como ressaltado pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto vencido, o crime de caráter permanente tem condão de afastar a prescrição.

Cabe aqui ressaltar que o MPF utiliza em todas as denúncias sobre o crime de sequestro qualificado argumentação voltada para a jurisprudência do STF em julgamentos de extradições, tal argumento não é tão inovador, já que o Ministro Lewandowski também faz tal paralelo em seu voto vencido, contudo enquanto o Ministro trouxe como jurisprudência apenas a Extradição 974, o MPF se utiliza das Extradições nº 974, 1.150 e 1.278<sup>59</sup>.

O que o MPF traz com essa jurisprudência do STF são os argumentos de que o caráter permanente do crime afasta a prescrição e que não se pode presumir o óbito da vítima sem serem encontrados seus restos mortais ou sem sentença que fixe a provável data do falecimento, entendimento que o MPF

---

<sup>59</sup> A jurisprudência do STF no julgamento da extradição nº 1.278 aparece primeiramente na 4ª denúncia, sendo usada também na 6ª denúncia, muito provavelmente devido a data de seu julgamento, que foi no dia 17.09.12, ou seja, posterior às outras denúncias.

corroborar com a combinação dos artigos 111, III, do Código Penal<sup>60</sup>, 158 do Código de Processo Penal<sup>61</sup> e 7º do Código Civil Brasileiro<sup>62</sup>.

A Corte Interamericana também usou o argumento do caráter permanente dos crimes, contudo o fez para defender sua competência no Caso Gomes Lund e Outros, mas percebe-se que, tanto o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski na decisão do STF, quanto a decisão da Corte Interamericana já possuíam argumentação no sentido do caráter permanente dos crimes (em especial do crime de sequestro ou desaparecimento forçado, como tipificado na esfera internacional). Entretanto o MPF traz uma nova consequência à permanência do crime, não abordada nas decisões dos tribunais, que seria a da não abrangência pelo marco temporal da Lei de Anistia.

A Lei de Anistia possui em si um marco temporal, de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979<sup>63</sup>, ela apenas concede anistia aos fatos cometidos dentro desse período. Por tanto, para o MPF, havendo os crimes caráter permanente e estando em plena consumação até os dias atuais, haveria a extrapolação do marco temporal da Lei de Anistia, os fatos não estariam configurados dentro do período delimitado, o que implicaria a não incidência da lei a tais crimes. Acrescentando a esse argumento, o MPF

---

<sup>60</sup> Art. 111, CP: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr: I - do dia em que o crime se consumou; II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa; III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido. V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal."

<sup>61</sup> Art. 158, CPP: "Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

<sup>62</sup> Art. 7º, CC: "Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento."

<sup>63</sup> Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, art. 1º: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares".

também se utiliza da Súmula nº 711 do STF: “A Lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Assim o MPF defende em suas denúncias sobre o crime de sequestro (cinco denúncias) que a natureza permanente do crime de sequestro implica a não incidência do prazo prescricional e a não incidência da própria Lei de Anistia. Cabe ressalva a respeito da denúncia oferecida pelo crime de ocultação de cadáver<sup>64</sup>. Essa denúncia não apresentou, em sua argumentação, diversos dos pontos trabalhados nas outras, pode-se dizer que foi uma argumentação menos expressiva, apenas tendo menção da característica permanente do crime, por não haverem sido encontrados os restos mortais até os dias atuais, sem se entrar na discussão de jurisprudência do STF ou da decisão da Corte Interamericana, ou da incidência ou afastamento de prescrição e da anistia.

### **6.1.2. Considerações sobre a Lei 9.140/95**

Outra argumentação formulada pelo MPF, em suas denúncias e em suas cotas introdutórias sobre o crime de sequestro, é sobre a não incidência da presunção de morte trazida na Lei 9.140/95 para fins penais.

A Lei 9.140 de 04 de dezembro de 1995 trouxe, em si, uma presunção de morte para as pessoas que continuassem desaparecidas depois de terem sido detidas por agentes públicos entre as datas de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988<sup>65</sup>. O que o MPF argumenta é que tal presunção seria apenas relativa, feita para que pudessem ser pagas as reparações pecuniárias devidas aos familiares e para possibilitar os atos de natureza cíveis necessários

---

<sup>64</sup> Denúncia que deu origem à Ação Penal nº 0004823-25.2013.403.6181, 5ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP. A denúncia encontra-se disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>>. Último acesso em 12.11.2013.

<sup>65</sup> Art. 1º da Lei 9.140 de 04 de dezembro de 1995: “São reconhecidos 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.”

(como abertura da sucessão) e que não teria o condão de extinguir os bens jurídicos liberdade e integridade física, tutelados pelo art. 148 do Código Penal, ou de impedir a persecução penal dos agentes para crimes ainda em execução.

O MPF argumenta que mesmo para os fins civis não haveria presunção absoluta de morte, justificando com o art. 3º, parágrafo único, da lei que admite justificação judicial no caso de dúvida<sup>66</sup>. Além disso, argumenta que a lei não apresenta provas concretas do óbito, o que resta na materialidade é a falta de comprovação da morte das vítimas, que, como já argumentado anteriormente, só seria possível com a descoberta dos restos mortais ou por sentença judicial que determinasse provável data do falecimento (ressalta-se a importância da fixação da data do óbito, inclusive para a contagem do prazo prescricional).

O MPF também argumenta que, mesmo se considerada a presunção de morte trazida pela Lei 9.140/95 para fins penais, incidiria então a previsão do art. 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal de 1988<sup>67</sup>, já que a nova constituição já estava vigente quando da publicação da lei, o que implicaria a imprescritibilidade desses crimes,<sup>68</sup> também por observação a já citada Súmula nº 711 do STF.

Por fim, o MPF alega que, mesmo se então comprovada a morte por provas produzidas durante a instrução processual, ou se considerar-se presumida a morte pela Lei 9.140/95, aí haverá a possibilidade de utilização do instituto da "*mutatio libelli*" para se alterar os fatos descritos na denúncia, com o fim de se apurar o tipo penal do homicídio, que poderia ser considerado em

---

<sup>66</sup> Lei 9.140/95, art. 3º: "O cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, das pessoas nominadas na lista referida no art. 1º, comprovando essa condição, poderão requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, instruindo o pedido com original ou cópia da publicação desta Lei e de seus anexos. Parágrafo único. Em caso de dúvida, será admitida justificação judicial."

<sup>67</sup> CF/88, art. 5º, XLIV: "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

<sup>68</sup> Tal argumento sobre a incidência do art. 5º, XLIV, é trazido a partir da segunda denúncia ajuizada pelo MPF.

concurso ou não com o tipo de sequestro e seguido com o tipo da ocultação de cadáver.<sup>69</sup>

### **6.1.3. Da qualificação como crimes contra a humanidade**

Mesmo se utilizando de argumentação voltada para o direito interno brasileiro, quanto à permanência do crime, o afastamento da presunção de óbito, a não abrangência do marco temporal da lei de anistia, além de outras argumentações mais específicas, o MPF também se volta para o Direito Internacional em busca de validação dos atos de persecução penal.

Em sua argumentação o MPF defende a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de anistia dos crimes por meio da aplicação das “normas cogentes” do Direito Internacional, já que, mesmo ao tempo do início da execução do tipo penal, os crimes seriam qualificados como crimes contra a humanidade. O MPF alega que desde 1945<sup>70</sup> as normas cogentes do Direito Internacional atuam para obrigar os Estados a promoverem a persecução penal de agentes que cometeram graves violações de direitos humanos.

O MPF ainda afirma que o Estado Brasileiro teria reconhecido o caráter normativo dos princípios estabelecidos entre as nações, expressamente, quando ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, em 1914 (por meio do Decreto nº 10.719/14) e que a imprescritibilidade dos

---

<sup>69</sup> Argumento que aparece na cota introdutória da segunda denúncia oferecida pelo MPF, denúncia que deu origem à ação penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181, 10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP. Disponível em <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>>. Último acesso em: 12.11.2013.

<sup>70</sup> Seria o costume internacional agindo como fonte de normas e obrigações mesmo para Estados que não sejam partes em acordos e convenções sobre o tema, conforme o artigo 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. O MPF ainda alega que “a primeira formalização do crime contra a humanidade ocorreu no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nuremberg” e que “foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros.” Tais afirmações se encontram em mais de uma cota introdutória à denúncia, a exemplo da cota introdutória à denúncia que deu origem à ação penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181, 10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP, em suas notas de rodapé nº 8 e 9, pág. 19.

crimes teria sido reafirmada pela Assembleia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre os anos de 1967 e 1973.<sup>71</sup>

O MPF se utiliza da jurisprudência da Corte Interamericana para assentar que os crimes contra a humanidade envolvem “o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrarias, e os desaparecimentos forçados, cometidos em contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz.”<sup>72</sup> Assim, considera que os crimes de sequestro cometidos estariam dentro da classificação de crimes contra a humanidade e teriam sido cometidos após o reconhecimento do Direito Internacional do regime de imprescritibilidade e insuscetibilidade de anistia para tais condutas.

Interessante lembrar que tal argumento é extremamente semelhante ao que foi mais explicitamente abordado no voto do Juiz “*ad hoc*”, Roberto de Figueiredo Caldas, na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo a Corte não sendo tão explícita sobre as normas cogentes do direito internacional no corpo de sua decisão.

#### **6.1.4. Da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Subsidiariamente, e apenas em suas cotas introdutórias, o MPF também aponta o resultado da sentença da Corte Interamericana no Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil. O MPF argumenta que a sentença da Corte Interamericana produziu uma obrigação por parte do Estado brasileiro de efetuar atos para a

---

<sup>71</sup> O MPF cita as Resoluções nº: 2.338 (XII), de 1967; 2.391 (XXIII), de 1968; 2.583 (XXIV), de 1969; 2.712 (XXV), de 1970; 2.840 (XXVI), de 1971 e; 3.074 (XXVIII), de 1973. Tal apontamento aparece em todas as cotas introdutórias analisadas, a exemplo da cota introdutória à denúncia que deu origem à ação penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181, 10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP, em sua página 21. Disponível em: < <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>>. Último acesso em 12.11.2013.

<sup>72</sup> Citação trazida em todas as cotas introdutórias analisadas, a exemplo da cota introdutória à denúncia que deu origem à ação penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181, 10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo - SP, em sua página 20. Disponível em: < <http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/material-dvd/acoes-penais>>. Último acesso em 12.11.2013.

persecução penal dos agentes que tenham cometido graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar, inclusive, os atos de persecução penal seriam a forma de prevenir novas condenações do Estado brasileiro no âmbito internacional.

Geralmente tal argumento vem acompanhado da tese institucional estabelecida pelo MPF de que não há incompatibilidade entre a decisão na ADPF 153 e as obrigações estabelecidas pela Corte Interamericana em sua sentença, tese que também já foi aqui exposta no item 5. Mas como já apontado anteriormente, aparenta ter sido dada certa preferência aos argumentos do direito interno brasileiro sobre os argumentos de caráter internacional (tanto da qualificação como crimes contra a humanidade, quanto da obrigação estipulada pela sentença da Corte Interamericana) dentro das denúncias apresentadas pelo MPF. Além de aparecerem somente nas cotas introdutórias e não nas denúncias em si, os argumentos de direito internacional são usados de forma subsidiária mesmo dentro daquelas.

Cabe também ressaltar que, na única denúncia apresentada sobre crime diferente do sequestro, que versou sobre o crime de ocultação de cadáver, nenhum dos argumentos relacionados à Corte Interamericana de Direitos Humanos e à obrigação estatal de persecução de violações de direitos humanos foi traçado.

## **6.2 Das respostas da Justiça Federal**

Analisaremos neste subtítulo quais foram as respostas dadas pela Justiça Federal às denúncias oferecidas pelo MPF. Já se adianta que além de uma denúncia ter sido primeiramente rejeitada, para depois ser recebida em juízo de retratação, entre as 6 (seis) denúncias, 4 (quatro) foram por fim recebidas, enquanto 2 (duas) foram rejeitadas, o que já evidencia certa controvérsia judicial. Passaremos a analisar mais profundamente os argumentos utilizados pelos juízes da primeira instância, inclusive

comparando-os com os argumentos utilizados pelo STF, pela Corte Interamericana e pelo MPF.

### **6.2.1. As denúncias propostas na Subseção Judiciária de Marabá - PA**

A primeira e a terceira denúncias oferecidas pelo MPF tratam sobre crimes de sequestros, no contexto da Guerrilha do Araguaia, e foram propostas na Subseção Judiciária de Marabá – PA, dando início, respectivamente, à Ação Penal nº 0001162.79.2012.4.01.3901 e à Ação Penal nº 0004334-29.2012.4.01.3901 (ambas distribuídas para a 2ª Vara Federal da Subseção Judiciária).

Inicialmente a primeira denúncia foi rejeitada. A rejeição se deu pelo entendimento de que não só os fatos estariam abarcados pela Lei de Anistia, como eles na verdade constituiriam o tipo penal de homicídio, o que também traria à tona a prescrição. Além disso, foi argumentado que, mesmo se tratando de sequestro, a permanência do crime cessaria com a edição da Lei 9.140/95, pois haveria a presunção do óbito da vítima, o que também levaria à prescrição, iniciando-se a contagem do prazo em 04 de dezembro de 1995<sup>73</sup>.

Contudo, em juízo de retratação, após a interposição de recurso pelo MPF, a decisão foi reconsiderada pelo juiz de 1º grau, havendo total mudança de entendimento sobre o caso. Na retratação os argumentos utilizados incluíram o raciocínio do MPF apontado nas denúncias, o entendimento foi de que há a probabilidade de que a suspeita do MPF seja verdadeira, ou seja, de que o crime de sequestro continue em plena consumação, já que não há indícios o suficiente para se presumir a morte da vítima. Assim, o princípio “in

---

<sup>73</sup> A argumentação usada para a rejeição inicial da denúncia foi apontada no Relatório emitido pelo MPF, em suas págs. 48 e 49, não há, no site da instituição, essa primeira decisão disponível, assim como não há no site da Justiça Federal do Pará, também não foi possível a locomoção física para averiguação. “Crimes da Ditadura – Relatório preliminar de atos de perseguição penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.”, 2013. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Relatorio\\_Crimes%20Ditadura\\_completo.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditadura_completo.pdf)>. Acesso em: 11.10.2013.

*dubio pro societate*<sup>74</sup> no momento da oferta da denúncia prevalece, devendo a instrução esclarecer os fatos concretos para se averiguar o paradeiro da vítima. Portanto, havendo a natureza permanente do crime, ficam afastadas a prescrição e a anistia, já que o crime não se encontraria no âmbito temporal de atuação da Lei de Anistia.

O juízo de retratação também entendeu por afastar a incidência da Lei 9.140/95 do âmbito penal, já que ela possui finalidade reparatória e não encerra certeza quanto ao óbito, inclusive sendo ressaltada a possibilidade de dúvida e justificação. Também houve menção à jurisprudência estabelecida pelo STF nas extradições nº 974 e 1.150 sobre como se daria o encerramento da permanência e de que não é possível apenas presumir-se o óbito por suposições. Cabe, por último, ressaltar que a retratação afastou os argumentos de Direito Internacional trazidos pelo MPF<sup>75</sup>, alegando que a observância ao devido processo legal não pode ser rechaçada pura e simplesmente pelas normas ou decisões do âmbito internacional.

Também se pronunciou o juiz de 1º grau para se eximir de fazer qualquer observação sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia, ou sua compatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, afirmando que há controle apropriado para tais matérias, assim não havendo qualquer alegação, por parte do juiz de primeira instância, de inconstitucionalidade da Lei de Anistia ou de sua revogação por diploma legal posterior.

A outra denúncia (terceira na ordem cronológica de propositura pelo MPF) foi de logo recebida, os argumentos usados na decisão de recebimento

---

<sup>74</sup> Princípio do direito processual penal, a tradução seria “em dúvida, a favor da sociedade”, traduzir-se-ia na conduta de, se houver dúvida sobre os fatos, tomar a atitude mais benéfica para a coletividade, o que no caso da oferta de denúncia se manifestaria no recebimento para então haver a averiguação fática na instrução.

<sup>75</sup> “Registre-se, inicialmente, que todas as regras e decisões de Direito Internacional utilizadas pelo MPF, para o fim de subsidiar a acusação e abrir ensanchas ao recebimento da denúncia, não são suficientes, e nem teriam o condão, de afastar a apreciação das questões antes declinadas, inarredáveis pressupostos à admissão da ação penal pelo seu titular.” Págs. 7 e 8 da decisão de recebimento da denúncia na Ação Penal nº 0001162.79.2012.4.01.3901, 2ª Vara Federal da Subseção de Marabá – PA. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/denuncias>>. Último acesso em: 12.11.2013.

foram idênticos aos argumentos usados na decisão de retratação e recebimento da primeira denúncia, já observada.

#### **6.2.2. As denúncias propostas na Subseção Judiciária de São Paulo – SP**

Tais denúncias, no número total de 3 (três), (segunda, quarta e quinta denúncias oferecidas em ordem cronológica), tiveram respostas muito diferentes.

A primeira é sobre o crime de sequestro qualificado, foi distribuída como Ação Penal nº 0004204-32.2012.4.03.6181 para 10ª Vara Federal Criminal e foi rejeitada pelo juiz de 1º grau. Em sua fundamentação o juiz ressaltou a decisão no julgamento da ADPF 153 pelo STF, dizendo que a Lei de Anistia foi recepcionada e que ainda foi reafirmada pela EC nº 26/85, também apontando que a Lei de Anistia pretendia abranger os agentes estatais no seu âmbito normativo. O juiz ainda afirmou a incompatibilidade da decisão da Corte Interamericana com a decisão do STF na ADPF 153, argumentando que mesmo a sentença da Corte Interamericana sendo posterior à ADPF, não poderia a Lei de Anistia sofrer desconstituição, ou inibição parcial, por parte de instrumentos normativos promulgados após sua vigência, assim entendendo o magistrado que os crimes estão abrangidos pela anistia concedida.

O juiz de 1º grau ainda rebate a jurisprudência do STF nas extradicações nº 974 e 1150, alegando que nos pedidos de extradição, o STF não exercita exame de mérito da questão, apenas averigua se a tese é possível, o que difere do juízo realizado pela Justiça Federal em decisão de recebimento de denúncia, assim, afirma que, pela realidade fática, e não apenas pela análise de possibilidade, seria extremamente difícil que a vítima ainda se encontrasse viva, até pela idade que teria nos dias atuais (90 anos). Também fazendo considerações sobre a lei 9.140/95, argumentando que, mesmo se a vítima já não tivesse falecido à época dos fatos, haveria a presunção de morte pela lei

9.140/95, o que, de qualquer maneira, incidiria no decurso do prazo prescricional dos crimes, ou seja, os crimes já estariam prescritos.

Por fim, o juiz também ataca as considerações sobre a obrigação do Estado Brasileiro de promover a persecução penal de agentes responsáveis por graves violações de direitos humanos, em cumprimento a sentença da Corte Interamericana. Diz que o recebimento ou não da denúncia seria irrelevante como forma de prevenir novas condenações do Estado no âmbito internacional, até porque os outros crimes, como o homicídio ou a tortura, não poderão ser punidos internamente, exatamente pelo teor do julgamento da ADPF 153, já que foi decidido que os agentes estatais que cometeram crimes comuns durante a ditadura foram beneficiados pela Lei de Anistia.

O MPF recorreu da decisão de rejeição, o juiz de 1º grau confirmou a rejeição, então o processo foi para a apreciação do 2º grau de jurisdição, sendo remetido ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3). O Tribunal decidiu por manter a decisão do juiz de 1º grau, ou seja, não receber a denúncia, e rejeitou os embargos de declaração opostos pelo MPF à sua decisão.

Já a segunda denúncia oferecida em São Paulo, também pelo crime de sequestro qualificado, foi distribuída como Ação Penal nº 0011580-69.2012.4.03.6181 para a 9ª Vara Federal Criminal, e foi recebida pelo juiz de 1º grau. Na decisão de recebimento da denúncia, o juiz considerou a natureza permanente do crime de sequestro, que afastaria a prescrição e incidência da Lei de Anistia, pois escaparia de seu marco temporal. Também se utilizou da jurisprudência do STF nas extradições, em especial a de nº 974, para reforçar que não se poderia presumir a morte da vítima, assim como ressaltou a utilização do princípio "*pro societate*"<sup>76</sup> no momento do recebimento da denúncia, pois não haveria na fase processual atual, indícios concretos do óbito.

---

<sup>76</sup> Conforme já apontado, princípio "*in dubio pro societate*", tradução livre: "em dúvida, a favor da sociedade", que implica na preferência pelo recebimento da denúncia, e não por sua rejeição.

O juiz de 1º grau, neste caso, também afastou a produção de efeitos penais pela Lei 9.140/95, ainda subsidiariamente argumentando que se fossem produzidos efeitos penais pela lei, o crime em pauta seria o de homicídio que teria seu prazo prescricional iniciado em 05 de dezembro de 1995, e que, portanto, não estaria nem prescrito, nem acobertado pela anistia (pois teria se consumado posteriormente ao marco temporal estabelecido pela Lei de Anistia). O magistrado também aponta que o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, assim se mostrando mais favorável a certa influência do Direito Internacional para tender pela possibilidade de persecução penal dos agentes estatais.

A terceira denúncia, pelo crime de ocultação de cadáver, foi distribuída como Ação Penal nº 0004823-25.2013.4.03.6181 para a 5ª Vara Federal Criminal e foi recebida pelo juiz de 1º grau. Como já havia sido apontado, a denúncia desse caso não continha os mesmos pontos argumentativos que as outras, apenas sendo incisiva sobre a natureza permanente do crime de ocultação de cadáver e de sua perpetuação até os dias atuais, a decisão de recebimento dessa denúncia também não foi muito além em sua argumentação, apenas ressaltando que a natureza permanente do crime afastaria a prescrição, não foi discutida a incidência ou não da Lei de Anistia nesse caso.

### **6.2.3. Denúncia proposta na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro - RJ**

Sendo a sexta denúncia oferecida pelo MPF, única por enquanto proposta na Subseção Judiciária do Rio de Janeiro, foi distribuída como Ação Penal nº 0801434-65.2013.4.02.5101 para a 2ª Vara Federal Criminal. A denúncia foi rejeitada pelo juiz de 1º grau, pelos fundamentos que se seguem.

Primeiramente o juiz entendeu que não houve o elemento subjetivo do dolo de privar a liberdade da vítima, na verdade a privação de liberdade teria

sido meio para a tortura que a vítima sofreu. Como não havia tipificação do crime de tortura à época, as tipificações possíveis seriam a de homicídio ou de lesão corporal seguida de morte, e assim, o crime estaria acobertado pela anistia concedida e pela prescrição. O juiz ainda faz consideração sobre a atuação do MPF, afirmando que a instituição objetivou “adequar a conduta a um crime de natureza permanente, de forma a evitar o fenômeno da prescrição e a eficácia da Lei da Anistia”.<sup>77</sup>

O juiz ainda argumenta que, mesmo se admitida a tipificação de sequestro, sua permanência teria cessado à época dos fatos, entendendo que os indícios apontam para a morte da vítima e não para sua possível sobrevivência, também apontando “não ser exigível a prova formal do fenômeno morte para que se interrompa a permanência do crime de sequestro”<sup>78</sup>. Assim, ele afirma ser possível a aplicação da presunção de morte gerada pela Lei 9.140/95 para fins penais, contudo ressaltando não ser necessário ao caso, pois seu entendimento é de que a morte ocorreu à época dos fatos.

O magistrado também utiliza o argumento do campo de cognição limitado no julgamento das extradições (nº 974, 1.150 e 1.278), ou seja, diz que o STF não pode se indagar sobre o mérito quando faz tais julgamentos em sede de extradições, o que não corresponde ao exercício jurisdicional da Justiça Federal no recebimento de denúncias.

Quanto aos argumentos trazidos pelo MPF sobre a incidência de normas do Direito Internacional, o juiz se mostrou bem desfavorável. Sobre a qualificação dos crimes como “crimes contra a humanidade” o juiz alegou: “tenho que a tese possua mero interesse acadêmico, não podendo ser evocada, diante das regras do direito positivo vigentes, para sustentar a

---

<sup>77</sup> Decisão de rejeição da denúncia, pág. 9, disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=565BF58AB59E43EFA04A831F25C8D5BF&timeIni=44670,48&P1=67862003&P2=1&P3=&NPI=1&NPT=1&TI=1&NV=140557&MAR=S>>. Último acesso em 13.11.2013.

<sup>78</sup> Decisão de rejeição da denúncia, pág. 19, disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=565BF58AB59E43EFA04A831F25C8D5BF&timeIni=44670,48&P1=67862003&P2=1&P3=&NPI=1&NPT=1&TI=1&NV=140557&MAR=S>>. Último acesso em 13.11.2013.

eventual prolação de um decreto condenatório.”<sup>79</sup> O magistrado entende que as regras do Direito Internacional, à época dos fatos, não possuíam força cogente, somente mais recentemente o direito convencional teria adquirido maior exigibilidade.

Também entendeu o juiz de 1º grau que em nada cabe a aplicação da sentença da Corte Interamericana no caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil para o caso. Primeiro porque a sentença não versou sobre os fatos tratados na denúncia (somente versou sobre o contexto da Guerrilha do Araguaia), segundo porque tal decisão teria caráter meramente declaratório<sup>80</sup>, terceiro porque os fatos não estariam abrangidos na competência temporal da Corte Interamericana (anteriores ao reconhecimento de sua jurisdição).

O magistrado também aponta que somente recentemente, em 2004, foi reconhecida a prevalência às convenções internacionais sobre as normas internas, e que seria inviável que uma lei anterior, a Lei de Anistia, pudesse ser revista pelas cortes internacionais que somente foram reconhecidas em sua competência e jurisdição muito posteriormente, até porque o STF, Tribunal Superior interno, já afirmou a compatibilidade da Lei de Anistia com a Constituição atual.

Enfim, o juiz faz uma última observação sobre a impossibilidade de mudança da tipificação do crime para o crime de ocultação de cadáver (que também teria natureza permanente), alegando que o MPF

---

<sup>79</sup> Decisão de rejeição da denúncia, pág. 25, disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=565BF58AB59E43EFA04A831F25C8D5BF&timeIni=44670,48&P1=67862003&P2=1&P3=&NPI=1&NPT=1&TI=1&NV=140557&MAR=S>>. Último acesso em 13.11.2013.

<sup>80</sup> O juiz afirma em sua decisão, às págs. 27 e 28: “Em segundo lugar, que, em se tratando de decisão oriunda de Tribunal Internacional, “o caráter das sentenças é meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial.” – referência feita: “ANDRESSA DE SOUZA E SILVA – A Corte Interamericana de Direitos Humanos, *in* Revista Jurídica, Brasília, vol. 8. Nº79, jun/jul, 2006, p.53.”

não deixou margem para tal mudança ser possível, já que sustentou que a vítima ainda estaria viva.

Cabe ressaltar que o MPF interpôs recurso contra a decisão de rejeição da denúncia, o juiz de 1º grau manteve sua decisão e o processo foi remetido ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2). Pelo que se pode observar do andamento processual, foi negado provimento ao recurso do MPF pela 1ª Turma do TRF2<sup>81</sup>.

## **7. Conclusão**

Da dinâmica das instituições que pude observar durante a realização deste trabalho, retiro que o funcionamento democrático do Estado permite a livre expressão de teses, mesmo no campo jurídico, estando em pleno funcionamento os princípios do direito de ação e da autonomia dos juízes de primeiro grau.

O Ministério Público Federal se mostra uma instituição autônoma e independente. Sua convicção do que seria mais apropriado em vista de perseguição penal o move para agir em busca dos valores de uma sociedade mais justa.

Ficou claro, em minha análise, que o MPF escolheu ofertar denúncias por crimes de caráter permanente para tentar obter resultados positivos quanto à propositura da ação penal, também sendo plausível que o tenha feito já que tal argumento foi utilizado tanto no voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski, quanto na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Talvez o MPF tenha visto tal possibilidade como a única maneira de se tentar averiguar fatos criminosos ocorridos em tempos tão distantes (que já estariam prescritos, se não houvesse o caráter permanente), e uma maneira possível de se afastar a incidência da Lei de Anistia (já que utiliza o argumento

---

<sup>81</sup> Consulta processual realizada no site do TRF2 na data de 13.11.2013.

de que o caráter permanente do crime o faz escapar à incidência temporal da lei).

O MPF parece estudar e entender o que seria mais eficaz como argumento dentro do Judiciário Nacional. Como observado, é minoria (nos casos estudados) os juízes que são favoráveis a argumentos internacionais para prosseguir com a persecução penal de agentes, portanto, mesmo o MPF alegando em seu Relatório e em sua tese institucional de que estaria cumprindo as obrigações internacionais às quais o Estado Brasileiro está vinculado, sua argumentação na propositura de denúncias foi também voltada e muito trabalhada em cima das normas internas brasileiras.

Após obter “sucesso” em suas denúncias, o MPF se utiliza dos precedentes em sua argumentação. Em suas quarta e sexta denúncias (por ordem cronológica), uma proposta em São Paulo e a outra proposta no Rio de Janeiro, o MPF mencionou que suas duas denúncias propostas em Marabá (primeira e terceira denúncias em ordem cronológica) haviam sido recebidas. O que também demonstra certa “eficácia” quanto aos seus argumentos para que outros juízes sintam-se mais seguros em decidir da mesma forma.

Quanto à Justiça Federal, ficou evidente que os juízes estão decidindo de forma diferenciada a respeito das denúncias propostas pelo MPF. A argumentação parece ou concordar com a tipificação de crime de sequestro que teria natureza permanente, também concordando com o afastamento da presunção de óbito, tanto pelo contexto fático, quanto pela Lei nº 9.140/95, ou rejeitar de logo a tipificação como crime de sequestro, pois haveria a presunção de óbito, tanto pelo contexto fático, quanto pela Lei nº 9.140/95. É de certa forma extremamente contraditório como jurisprudência, o que aponta uma controvérsia judicial.

O que parece, contudo, é que os argumentos de direito interno, como a possibilidade de afastamento da prescrição e da anistia pela natureza permanente do crime, acabam efetivamente sendo mais aceitos do que argumentos internacionais, como a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de anistia pela qualificação de crimes contra a humanidade. E que, poucos juízes

tendem a combater a decisão do STF de forma direta ou expressa, ou seja, parece que os argumentos que permitem contornar a decisão de recepção da Lei de Anistia são mais aceitos do que os argumentos que atacariam de frente a decisão do STF.

Assim, o que se pode questionar são os limites da atuação do MPF nestas perseguições penais. Primeiramente, mesmo sendo alegado que se estava a cumprir a decisão da Corte Interamericana, o MPF estendeu a perseguição penal para crimes não cometidos no contexto da Guerrilha do Araguaia (contexto pelo qual a Corte se manifestou), extrapolando, de certa forma, os limites da decisão da Corte. Também sendo relevante que a argumentação mais voltada para o direito internacional, em especial quando da classificação de crimes contra a humanidade que seria regra do direito costumeiro em vigência à época dos fatos, não apenas permitira a perseguição penal dos crimes de natureza permanente, mas como de quaisquer outros que ocorreram na época e pudessem ser abrangidos pelas normas internacionais (como crimes contra a humanidade).

Então, mostra-se que parte da argumentação posta pelo MPF em suas denúncias, se acolhida, poderia formar precedente para, tanto contradizer a decisão do STF, quanto para efetivamente promover-se a perseguição penal de agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura militar de forma mais generalizada.

Enfim, em sede de conclusão, levanto outra questão: o julgamento dos embargos de declaração<sup>82</sup> da ADPF nº 153. Efetivamente, a decisão do STF foi embargada pela OAB, que alegou omissão por parte do Tribunal em diversas questões. O que me pareceu mais relevante foi que a OAB trouxe em sua peça o argumento da permanência dos crimes de desaparecimento forçado e de sequestro, assim como alegação de que o Brasil estaria obrigado a investigar, ajuizar e punir os crimes, inclusive por sua submissão à jurisdição da Corte

---

<sup>82</sup> Art. 535, CPC: “Cabem embargos de declaração quando: I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.”

Interamericana<sup>83</sup>. Interessante notar que os embargos de declaração foram opostos anteriormente à tomada de decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil.

O STF, então, com a oposição de embargos de declaração, obteve a oportunidade de se manifestar acerca do argumento principal utilizado pelo MPF e pelos juízes de 1º grau para permitirem o ajuizamento de ações penais contra os agentes estatais, ou seja, a natureza permanente do crime de sequestro. O STF, em tese, pode pacificar a matéria de vez, pois em sua primeira decisão, nada foi dito sobre tal argumento, apenas o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski aventou tal possibilidade. O que poderia ser visto como "lacuna" da decisão da ADPF nº 153, que possibilitava o ajuizamento de ações penais sem haver confronto direto com a decisão, talvez seja preenchido com a interpretação do STF no julgamento dos embargos.

Assim como a temática do julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O que o MPF apresenta como base de sua atuação, a obrigação internacional imposta ao Brasil, que foi posterior ao julgamento da ADPF, poderá ser revisto sobre a interpretação do STF. Os embargos me

---

<sup>83</sup> "De outro lado, o v. acórdão entendeu que é do contexto normativo-histórico brasileiro conceder anistia ampla, geral e irrestrita, além de que eventual persecução criminal está fadada ao insucesso em decorrência da aplicação da prescrição, sendo a demanda chamada até mesmo de 'estéril'. Com todo respeito, a omissão do v. acórdão, nesse ponto, reside na premissa de que entre as barbáries cometidas pelo regime de exceção há os **crimes de desaparecimento forçado e de seqüestro** que, em regra, só admitem a contagem de prescrição a partir de sua consumação --- em face de sua natureza permanente, conforme já assentado na Extradução 974 ---, de modo que inexistindo data da morte não há incidência do fenômeno prescritivo. O dever de investigação, ajuizar e punir os responsáveis por violações aos direitos civis e políticos, já o definiu o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU, compete aos Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ratificado pelo Brasil). O enfrentamento desse tema, a rigor, passou despercebido pelo v. acórdão, cuja omissão deve, igualmente, sanar outra premissa, desta vez relacionada com a possível leitura 'a priori' de que o Estado Brasileiro está indene em relação à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em outras palavras, assentado por esta Eg. Corte que a anistia concedida pelo diploma legislativo em tela teve caráter bilateral, em tese, está se afirmando que o Estado Brasileiro não se encontra submetido à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esquecendo-se, no particular, que quem define competência é quem a tem. Manifestada, desde logo, a presença de omissão, emerge diretamente a necessidade de saná-las pelos presentes embargos de declaração." - Embargos de Declaração na ADPF nº 153, págs. 10 e 11, disponível em: <

parecem uma incrível oportunidade de virada nas interpretações até então trazidas no Judiciário Nacional, já que, enquanto não havia posicionamento do Supremo sobre a matéria, os juízes se sentiam mais livres para decidir. E com a possível fixação de entendimento pelo STF, há grande possibilidade dos juízes apenas seguirem o que decido pelo Supremo Tribunal.

Outra possibilidade seria também a eventual pacificação da matéria pelo STF, mas por meio do controle difuso. Ou, até, a interposição de uma nova ação em caráter de controle concentrado para se rediscutir a matéria sobre a Lei de Anistia. O que, contudo, penso ser o mais relevante, é a existência da controvérsia judicial já instaurada, e a necessidade de pacificação pelos tribunais superiores, e inclusive, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, já que é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o guardião da Constituição.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **Decisões Judiciais**

Corte Interamericana de Direitos Humanos: sentença do caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil de 24 de novembro de 2010, (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010.

### **Doutrina**

Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro, volume I*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

### **Processos Judiciais**

Ação Penal nº 0001162-79.2012.4.01.3901 (2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA).

Ação Penal nº 0004204.32.2012.403.6181 (10ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP).

Ação Penal nº 0004334-29.2012.4.01.3901 (2ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Marabá – PA).

Ação Penal nº 0011580-69.2012.403.6181 (9ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP).

Ação Penal nº 0004823-25.2013.403.6181 (5ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo – SP).

Ação Penal nº 0801434-65.2013.4.02.5101 (2ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária do Rio de Janeiro – RJ).

## **Outros**

MENDES, Conrado Hübner. Entrevista para a Sociedade Brasileira de Direito Público: “O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes. Diálogo Institucional”. Nota elaborada em 03.11.2008. Redação e pesquisa por Henrique Motta Pinto e André J. Rosilho.

Ministério Público Federal. “Crimes da Ditadura – Relatório preliminar de atos de persecução penal desenvolvidos pelo MPF acerca de graves violações de direitos humanos cometidas por agentes do Estado durante a ditadura.”, 2013. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/Relatorio\\_Crimes%20Ditatura\\_completo.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/Relatorio_Crimes%20Ditatura_completo.pdf)>.

Ministério Público Federal. Ofício nº 71/2013-PRm/CAC, de 19 de março de 2013. Disponível em: <<http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/coordenacao/grupos-de-trabalho/justica-de-transicao/planos-de-trabalho/Oficio%2071-2013%20Justica%20de%20Transicao.pdf>>.

## ANEXOS

### **(I) Resumo do voto do Ministro Relator Eros Grau na ADPF 153:**

De logo, coube a compreensão de que foi interesse do legislador abranger os agentes do Estado pela anistia, especialmente pelo contexto político e histórico da época que representava a transição do regime ditatorial para a democracia. Ressaltou-se que a Lei de Anistia pode ser considerada uma “lei-medida” que, diferentemente das leis abstratas e gerais, são imediatas e concretas para disciplinar determinados casos (não seriam regras para o futuro), não podendo ser dissociadas do momento histórico no qual foram editadas<sup>84</sup>.

Este argumento da realidade histórica da elaboração da Lei de Anistia vem combinado com o argumento da impossibilidade, por parte do Judiciário, de alterar o texto normativo. Inclusive, o relator defende a tese de que somente pela via legislativa poderia ser feita a revisão da Lei de Anistia para afastar a interpretação que lhe é própria e que já estaria consolidada<sup>85</sup>.

Paralelamente encontra-se o argumento de que a Lei de Anistia teria sido reafirmada pela Emenda Constitucional nº 26/85 em seu artigo 4º, §1º,<sup>86</sup> (emenda que convocou a Assembleia Nacional Constituinte), sendo considerada ato originário da Constituição de 1988.<sup>87</sup> Tal argumento afasta a ideia de não-recebimento pela Constituição atual da Lei de Anistia, já que haveria a reinstauração da anistia no ato originário da Constituição, estando, então, integrada a nova ordem constitucional desde seu início.

---

<sup>84</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 2 e 3, Ementa.

<sup>85</sup> Para tanto cita exemplos de outros países como Chile, Argentina e Uruguai que teriam feito a revisão pelo Legislativo. STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 39 e 40, Voto Ministro Eros Grau.

<sup>86</sup> Art. 4º “É concedida anistia a todos os servidores públicos civil da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.” §1º “É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civil ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.”

<sup>87</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 3, Ementa.

Quanto aos instrumentos nacionais e internacionais de proteção de direitos humanos que seriam contra a possibilidade de se anistiar a prática de tortura, entre outros crimes que seriam abrangidos pela Lei nº 6.683/79, há o argumento pontual de que a Lei de Anistia precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (de 10 de dezembro de 1984), a Lei nº 9.455/97 (que define o crime de tortura) e o preceito disposto no artigo 5º, XLIII da Constituição<sup>88</sup> (que declara certos crimes insuscetíveis de graça e anistia). Assim, tais instrumentos não poderiam alcançar a anistia concedida anteriormente a suas vigências:

“Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei n. 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido.

Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada<sup>89</sup>, de Antonio

---

<sup>88</sup> CF, art. 5º, XLIII: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

<sup>89</sup> Referência original: “Justiça de transição no Brasil, Editora Saraiva, Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 8-9.”

Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’ ”.<sup>90</sup>

**(II) Conteúdo dos votos dos Ministros vencidos na decisão da ADPF 153:**

Os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto julgaram, diferentemente dos outros, parcialmente procedente a ação, ambos para dar interpretação conforme ao §1º do art. 1º da Lei de Anistia. O primeiro julgou de forma a interpretar que a perseguição penal dos agentes estatais seria possível, quando observado caso a caso se o crime cometido teria

---

<sup>90</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 37, ponto 42, Voto Ministro Eros Grau (Relator).

preponderância de crime comum ou de crime político, a parte dispositiva de seu voto apresenta que a interpretação da lei deve ser feita:

“(...) de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (case by case approach), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.”<sup>91</sup>

Já o Ministro Ayres Britto, entendeu pela exclusão dos crimes hediondos da anistia concedida, também permitindo a persecução penal de agentes estatais, conforme podemos observar da parte dispositiva de seu voto:

“(...) também julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para, dando-lhe interpretação conforme, excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura e estupro, especialmente.”<sup>92</sup>

No voto do Ministro Lewandowski, há um primeiro argumento, trazido quando da discussão das preliminares, sobre a prescrição dos crimes, havendo

---

<sup>91</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 129 e 130, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>92</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 146, Voto Ministro Ayres Britto.

reflexão sobre o caráter permanente do crime de sequestro que poderia afastar o prazo prescricional:

“Recordo, ademais, que esta Suprema Corte decidiu, na Extradução 974, da qual sou redator para o acórdão, originalmente distribuída ao Min. Marco Aurélio, que o crime de sequestro, possivelmente seguido de homicídios, tem caráter permanente. Ou seja, o resultado delituoso protraí-se no tempo, enquanto a vítima estiver privada de sua liberdade ou os seus restos mortais não forem encontrados. Isso quer dizer que os respectivos prazos prescricionais somente começam a fluir a partir desses marcos temporais.”<sup>93</sup>

Posteriormente, o Ministro utiliza outros argumentos para afastar a interpretação de que a Lei de Anistia abrangeria os agentes do Estado que praticaram crimes comuns. O Ministro também aborda o contexto histórico, contudo sobre diferente prisma, e ataca exatamente a questão da conexão dos crimes comuns com os crimes de natureza política, indicando que não basta procurar a vontade do legislador à época, mas sim tentar-se averiguar a vontade da lei:

“(...) a magna tarefa de interpretar o preceito legal aqui contestado exige que se ultrapasse a nebulosa indagação acerca da *voluntas legislatoris* – perdida em um passado remoto, e cuja aferição assume contornos eminentemente subjetivos, porquanto depende da ótica particular dos distintos exegetas – e se passe a examinar a *voluntas legis*, cuja avaliação se faz a partir de critérios hermenêuticos mais objetivos.”<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 103 e 104, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>94</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 110, Voto Ministro Lewandowski.

Assim, o Ministro indica que não se trata de qualquer forma de conexão prevista no sistema penal e processual penal brasileiros (conexão material, conexão intersubjetiva por simultaneidade, conexão intersubjetiva por concurso, conexão objetiva, conexão probatória ou conexão intersubjetiva por reciprocidade)<sup>95</sup>, ainda afirmando:

“Destarte, embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para o efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e em circunstâncias diversas, com o objetivo ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido.”<sup>96</sup>

(...)

A partir de uma perspectiva estritamente técnico-jurídica, pois, não há como cogitar-se de conexão material entre os ilícitos sob exame, conforme pretenderam os elaboradores da Lei de Anistia, porquanto não é possível conceber tal liame entre os crimes políticos praticados pelos opositores do regime de exceção e os delitos comuns alegadamente cometidos por aqueles que se colocavam a seu serviço, visto inexistir, com relação a eles, o necessário nexó teleológico, consequencial ou ocasional exigido pela doutrina para a sua caracterização.”<sup>97</sup>

Afastando as interpretações sobre conexão advindas do direito penal, o Ministro Lewandowski, então, traz jurisprudência do STF, com base no RHC 59.834, para dizer que já havia interpretação do Supremo sobre a conexão

---

<sup>95</sup> Conforme análise do próprio Ministro sobre os tipos de conexão existentes no sistema penal e processual brasileiro - STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 110 e 111, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>96</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 112, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>97</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 113, Voto Ministro Lewandowski.

discutida. O entendimento seria de que há a conexão quando o crime comum é usado como meio para o cometimento de um crime político:

“De fato, no RHC 59.834, julgado pela egrégia Segunda Turma, em que se discutiu a conexão entre o crime de deserção e certos delitos políticos, cobertos pela anistia, praticados por um militar, o colegiado decidiu, com base no voto divergente do Min. Cordeira Guerra, amparado na doutrina estrangeira, em especial na francesa, que o primeiro deles, de índole comum, configurou apenas um meio para o cometimento dos demais. Quer dizer, para o Tribunal, a conexão entre delitos de natureza diferentes somente fica evidenciada se uns forem empregados como meios para a consecução de outros.”<sup>98</sup>

O Ministro, então, contempla as definições de “crimes comuns” e “crimes políticos”, afirmando que quando se tratarem apenas de crimes comuns, poderá haver a persecução penal dos agentes estatais:

“Ora, como a Lei de Anistia não cogita de crimes comuns, e emprega, de forma tecnicamente equivocada, o conceito de conexão, segue-se que a possibilidade de abertura de persecução penal contra os agentes do Estado que tenham eventualmente cometido os delitos capitulados na legislação penal ordinária, pode, sim, ser desencadeada, desde que se descarte, caso a caso, a prática de um delito de natureza política ou cometido por motivação política, mediante a aplicação dos critérios acima referidos.”<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 114, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>99</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 126 e 127, Voto Ministro Lewandowski.

Continua para se posicionar sobre a temática da EC nº 26/85, afastando entendimentos anteriores de que a Emenda teria consolidado a anistia:

“Por essa razão, inclusive, afigura-se irrelevante que a Lei 6.683/1979, no tocante à conexão entre crimes comuns e crimes políticos, tenha sido, mais tarde, parcialmente reproduzida na EC 26/1985. Primeiro, porque, teoricamente, uma lei de anistia surte efeitos imediatos, colhendo todas as situações injurídicas consolidadas no pretérito. Logo, essa repriminção revelou-se totalmente inócua para os fins pretendidos. Depois, porque os vícios que tisonavam o primeiro diploma legal persistiram integralmente no segundo, ainda que este ostentasse maior hierarquia no ordenamento legal. Por fim, porque a Constituição de 1988, embora pudesse fazê-lo, não ratificou a tal anistia, preferindo concedê-la, em outros termos, para beneficiários distintos, no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”<sup>100</sup>

Por fim, o Ministro se utiliza do posicionamento da esfera internacional para complementar seu voto, constatando que os diferentes órgãos internacionais são favoráveis à persecução penal de agentes que cometeram crimes violando tratados internacionais:

“Nesse passo, convém lembrar, também, que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos, assinalando especialmente que

---

<sup>100</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 127, Voto Ministro Lewandowski.

“(...) nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias e arbitrárias de vida, desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver Observação Geral nº 20 [44] e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições”.<sup>101</sup>

Na mesma linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1.<sup>102</sup> A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a

---

<sup>101</sup> Referência Original: “ONU, CCPR, Observação Geral, nº 31, §18, *apud* Parecer Técnico do *International Center for Transnational Justice*, solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP, pelo Ofício nº PR/SP – GABPR12-EAGF – 352/2008, de 04 de junho de 2008, Procedimento nº 1.34.001.008495/2007, disponível em [www.icjt.org](http://www.icjt.org).”

<sup>102</sup> Referência Original: “*Idem*, Corte IDH, Caso Goiburú e outros.”

responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.<sup>103</sup> <sup>104</sup>

A posição do Ministro Lewandowski fica ainda mais evidenciada quando o próprio Ministro a resume nos debates realizados após seu voto, inclusive o Ministro aborda os votos anteriores (do Ministro Relator Eros Grau e da Ministra Cármen Lúcia), fazendo distinção entre seu voto e os deles. Podemos entender que o Ministro Lewandowski abre a possibilidade para a persecução penal, conforme seu entendimento de que apenas seriam conexos os crimes com preponderância de crime político, estando os crimes com preponderância de crime comum excluídos da anistia:

“O que eu quis dizer, e o Ministro Gilmar Mendes captou muito bem, a essência da minha conclusão é a seguinte: até agora, salvo engano de minha parte, os votos dos eminentes Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia entenderam que os agentes políticos que atuaram na época do regime autoritário estavam todos automaticamente de forma indistinta e genérica incluídos pela Lei de Anistia.

Eu estou dizendo que, segundo o que eu entendo, esse automatismo não existe, que será possível abertura de uma eventual persecução penal contra esses agentes se o juiz ou o tribunal, numa ponderação feita caso a caso, chegarem à conclusão, pelos critérios de preponderância e atrocidade dos meios, segundo a qual, uma determinada situação preponderaram os crimes comuns.”<sup>105</sup>

---

<sup>103</sup> Referência original: “*Idem*, Corte IDH, Caso Ximenes Lopes, Caso Baldeón Garcia, Caso Massacre de Pueblo Bello e Caso do Massacre de Mapiripán.”

<sup>104</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 128 e 129, Voto Ministro Lewandowski.

<sup>105</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Págs. 131 e 132, Debates.

Já o voto do Ministro Ayres Britto primeiramente rebate a utilização do método de interpretação histórico utilizado pelo Ministro Relator Eros Grau, dizendo que a Lei de Anistia não teria abrangido os crimes hediondos e a esses equiparados<sup>106</sup>, inclusive concordando com o Ministro Lewandowski de que certos crimes não poderiam ser conexos a crimes políticos. Retiro trechos de seu voto:

“E o fato é que, com todas as vênias, mas já agora na linha do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, eu não consigo enxergar no texto da Lei da Anistia essa clareza que outros enxergam, com tanta facilidade, no sentido de que ela, Lei de Anistia, sem dúvida incluiu no seu âmbito pessoal de incidência todas as pessoas que cometeram crimes, não só os singelamente comuns, mas os caracteristicamente hediondos ou assemelhados, desde que sob motivação política ou sob tipificação política.”<sup>107</sup>

Ainda:

“E, nesse caso da Lei da Anistia, eu não tenho nenhuma dúvida de que os crimes hediondos e equiparados não foram incluídos no chamado relato ou núcleo deôntico da lei.”<sup>108</sup>

O Ministro entende que aqueles que cometeram crimes hediondos ou equiparados foram contra a ordem legal do próprio regime autoritário:

“Essas pessoas de quem estamos a tratar – torturadores **et caterva** – desobedeceram não só à legalidade democrática de 1946, como à própria legalidade autoritária do regime militar.

---

<sup>106</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 137, Voto Ministro Ayres Britto.

<sup>107</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 136, Voto Ministro Ayres Britto.

<sup>108</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 137, Voto Ministro Ayres Britto.

Pessoas que transitaram à margem de qualquer ideia de lei, desonrando as próprias Forças Armadas (...)”<sup>109</sup>

Em seu voto, o Ministro também se pronuncia sobre a EC nº 26/85, afastando entendimento de que ela teria revalidado a anistia para a ordem constitucional vigente, baseado na autonomia da Assembleia Constituinte para dispor livremente em seu trabalho:

“O ato de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte é, digamos assim, prefacialmente um ato constituinte. É apenas precária e efemeramente um ato constituinte. Mas uma das características centrais da Assembleia Nacional Constituinte é a incondicionalidade do seu agir. Se ela quiser seguir as regras procedimentais estabelecidas pelo ato de convocação, o faz, mas por virtude da sua própria deliberação. Ninguém pode impor sua vontade a uma Assembleia Nacional Constituinte, nem mesmo o autor do ato de sua convocação, tampouco o ato em si de tal convocação, porque uma Assembleia Nacional Constituinte tem o poder de tudo poder.”<sup>110</sup>

O Ministro conclui seu voto ressaltando sua interpretação sobre a Lei de Anistia, pela qual ela não inclui os crimes hediondos e a eles equiparados:

“Senhor Presidente, estou concluindo. Não enxergo na Lei da Anistia esse caráter “amplo, geral e irrestrito” que se lhe pretende atribuir. Peço vênia aos que pensam diferentemente.”<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 139, Voto Ministro Ayres Britto (grifos originais).

<sup>110</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 145, Voto Ministro Ayres Britto.

<sup>111</sup> STF: ADPF 153/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 06.08.2010, Pág. 146, Voto Ministro Ayres Britto.

**(III) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF, no julgamento da ADPF 153, sobre o tema da prescrição e da imprescritibilidade:**

Ministro Marco Aurélio (pág. 155 a 157): “Presidente, continuo convencido de que atuamos no vácuo, no vazio, tendo em conta o objeto que se busca proteger com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Se o Tribunal concluir pela constitucionalidade da Lei, não surtirá efeitos quanto àqueles que praticaram este ou aquele crime. Se o Tribunal – havendo a prevalência da divergência, do voto divergente – assentar a inconstitucionalidade, o resultado em termos de concretude, em termos de afastamento de lesão, quer no campo penal, quer no campo cível, não ocorrerá por uma razão muito simples.” (...) “Não acredito que, em pleno regime democrático, tenha-se praticado, cometido desvios de conduta apanhados por essa Lei. Esta apanhou fatos pretéritos, anteriores à edição respectiva, e sabemos que o prazo maior da prescrição quanto à persecução criminal é de vinte anos. O prazo maior quanto à indenização no campo cível é de dez anos. Tendo em conta a data dos cometimentos, já se passaram mais de vinte e mais de dez anos logicamente.” (...) “A imprescritibilidade foi inserida no contexto constitucional, mas quanto a outros crimes: ação de grupos armados, civis ou militares, contra – e não seriam, à época, considerados aqueles que estavam no aparelho de repressão – a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.”

Ministro Celso de Mello (pág. 189 a 192): “Como já observado neste julgamento, a pretensão punitiva do Estado, caso acolhida a postulação deduzida pela parte ora argüente, achar-se-ia atingida pela prescrição penal, calculada esta pelo prazo mais longo (20 anos) previsto em nosso ordenamento positivo. Nem se sustente, como o faz o Conselho Federal da OAB, que a imprescritibilidade penal, na espécie ora em exame, teria por fundamento a “Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade”. Mostra-se evidente a inconsistência jurídica

de semelhante afirmação, pois, como se sabe, essa Convenção das Nações Unidas, adotada em 26/11/1968, muito embora aberta à adesão dos Estados componentes da sociedade internacional, jamais foi subscrita pelo Brasil, que a ela também não aderiu, em momento algum, até a presente data, o que a torna verdadeira “*res inter alios acta*” em face do Estado brasileiro. Isso significa que a cláusula de imprescritibilidade penal que resulta dessa Convenção das Nações Unidas não se aplica, não obriga nem vincula, juridicamente, o Brasil quer em sua esfera doméstica, quer no plano internacional. Cabe observar, de outro lado, que o Conselho Federal da OAB busca fazer incidir, no plano doméstico, uma convenção internacional de que o Brasil sequer é parte, invocando-a como fonte de direito penal, o que se mostra incompatível com o modelo consagrado na Constituição democraticamente promulgada em 1988. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (CF, art. 5º, XXXIX), também encontra expresso reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 9º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 15), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu.” (...) “Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental.” (sem os grifos originais).

Ministro Cezar Peluso (págs. 210 a 211): “Em sexto lugar, recorro a dois argumentos de pressupostos hipotéticos, baseado na suposição de que a autora tivesse razão. O primeiro deles vai mostrar não apenas a impropriedade da demanda, mas a sua absoluta esterilidade, que, aliás, já foi bem percebida

pelo eminente Ministro Marco Aurélio. Fosse outra a interpretação devida, não haveria nenhum interesse processual nesta demanda, porque **todas as ações criminais** e todas as ações cíveis, exceto as declaratórias, **estão prescritas**, inclusive aquelas previstas no artigo 200 do Código Civil em vigor, que faz depender o início do curso da prescrição de sentença criminal que reconheça o fato gerador da responsabilidade civil, porque, no caso, prescrita a ação penal, não haveria juízo penal capaz de emitir decisão de mérito que pudesse dar início ao curso da prescrição civil. Insisto: também a prescrição civil, salvo a das ações puramente declaratórias, está consumada de há muito. E a pergunta decisiva seria: qual o interesse legítimo – não digo apenas o interesse jurídico – que ficaria, que restaria para justificar julgamento de procedência desta ação? Ela não serviria para instauração de ação penal, porque todas as ações penais estão prescritas, de modo que, na matéria, não se poderia chegar a nenhuma sentença de mérito! Qual, portanto, a utilidade do julgamento de procedência desta ação? Ela não tem nenhuma repercussão de ordem prática, nenhuma, no campo jurídico. E, tal como deduzida, não se presta a satisfazer certeza de ordem moral. A questão aqui é de saber se há, ou não, incompatibilidade da norma com o ordenamento jurídico em vigor. Ora, desse reconhecimento eventual não resultaria nenhuma utilidade de ordem prático-jurídica. Alega-se que, com a procedência, se poderia apurar a responsabilidade criminal dos agentes do regime. Mas apurar a responsabilidade criminal em que juízo, se já não há mais ação penal alguma capaz de ser proposta? Todas estão cobertas pela prescrição.” (grifos originais).

Ministro Gilmar Mendes (págs. 250 e 251): “Aqui faço um parêntese para ressaltar que não tem curso a tese – e o Ministro Eros Grau o demonstrou muito bem – da imprescritibilidade em razão de tratados que vieram a ser subscritos posteriormente. Inclusive, diferentemente do que ocorre em outros países, a jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido de que as normas sobre prescrição são normas de Direito material. Portanto, se houver uma

alteração para tornar os crimes imprescritíveis, como ocorreu na Alemanha pós-nazismo, ela não se aplica aos crimes já praticados.”

**(IV) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF, no julgamento da ADPF 153, sobre o tema da insuscetibilidade de graça ou anistia:**

Ministro Eros Grau (pág. 37): “E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido.”

Ministra Cármen Lúcia (pág. 89): “É possível mudar a interpretação de um dispositivo legal, mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação? Parece-me certo que sim. Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação. No caso aqui cuidado, há que se encarecer que, no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal – vale dizer, questionamento judicial buscando rever condenação já imposta – pode ser apresentada senão pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei.”

Ministro Marco Aurélio (págs. 156 a 157): “Apenas houve o afastamento da graça, da anistia, quanto à tortura e outros crimes, com a Carta de 1988, ou seja, quando há muito – e, repito, a Lei de Anistia é uma lei penal – já se tinha operado o que apontei no voto da Extradicação como perdão. A imprescritibilidade foi inserida no contexto constitucional, mas quanto a outros

crimes: ação de grupos armados, civis ou militares, contra – e não seriam, à época, considerados aqueles que estavam no aparelho de repressão – a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.”

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

Ministro Cezar Peluso (pág. 207): “Áquela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza”.

#### **(V) Conteúdo dos votos dos Ministros do STF sobre o tema da irretroatividade da lei penal mais gravosa:**

Ministra Cármen Lúcia (pág. 89): “É possível mudar a interpretação de um dispositivo legal, mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação? Parece-me certo que sim. Entretanto, cuidando-se, como no caso, de matéria penal, a mudança que eventualmente sobreviesse, em primeiro lugar, não poderia retroagir se não fosse para beneficiar até mesmo o condenado; em segundo lugar, teria de ser sobre norma ainda não exaurida em sua aplicação. No caso aqui cuidado, há que se encarecer que, no direito brasileiro, nem mesmo a revisão criminal – vale dizer, questionamento judicial buscando rever condenação já imposta – pode ser apresentada senão pela defesa e não é admitida quando se cuidar de mudança de interpretação de lei.”

Ministra Ellen Gracie (pág. 151): “A afirmativa de não-recepção da Lei 6.683/79 pela Constituição Federal de 1988 vai além do que poderiam razoavelmente pretender os que a sustentam, pois conduziria ao paradoxo de retirar o benefício de todos quantos por ela foram alcançados.”

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

Ministro Cezar Peluso (pág. 213): “Sua Excelência lembrou que, no Chile, na Argentina, no Uruguai, para ater-nos a casos próximos, as leis de anistia foram revogadas por outras leis. Mas nosso sistema jurídico constitucional não o permitiria, porque, uma vez apagado o caráter delituoso dos fatos anistiados, a lei que revogasse os efeitos da anistia seria descaradamente **lex gravior**, que não retroagiria, não poderia retroagir em hipótese alguma! Por quê? Porque a norma teria, no sistema anterior onde foi gerada, operado radicalmente todos os seus efeitos e de modo imediato e instantâneo, no momento em que incidiu. A eficácia jurídica da anistia não depende de nenhuma sentença de caráter declaratório, pois atua por força do só contato da lei com o fato, de modo que estariam extintas, e deveras o estão, todas as ações públicas e privadas de caráter penal e, portanto, consolidadas, sob esse aspecto, todas as situações jurídicas resguardadas pelo princípio constitucional da segurança jurídica. Em qualquer ordem jurídica civilizada, só retroage lei penal benéfica ao réu!” (grifos originais).