



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Parecer nº 2/2018 – AJCR/SGJ GAB/PGR
Sistema Único n.º PGR-93015/2018

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1060293/SP

RECORRENTE: Ministério Público Federal
RECORRIDO: Audir Santos Maciel
RELATOR: Gilmar Mendes

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA: HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CRIMES PRATICADOS DURANTE A DITADURA MILITAR. LEI DE ANISTIA. SUPOSTO CONFLITO ENTRE DECISÕES PROFERIDAS EM ÂMBITO INTERNO (ADPF 153) E INTERNACIONAL (SENTENÇA PROFERIDA PELA CIDH POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO CASO GOMES LUND *VERSUS* BRASIL). DIREITOS HUMANOS E DUPLA GARANTIA: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE. CARÁTER VINCULANTE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PREVALÊNCIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL À VÍTIMA. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE.

1. A Constituição, ao consagrar a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais, propicia a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos.

2. Contradição aparente entre decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser analisadas à luz do sistema do duplo crivo ou dupla garantia (controle de constitucionalidade e de convencionalidade).

3. Negativa de eficácia a decisão vinculante proferida em sede de controle de convencionalidade abstrai a primazia da dignidade da pessoa humana (arts. 1º–III; 4º–II; 5º–XLIV–§§1º, 2º e 3º e 7º do ADCT).

4. Delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade e são, portanto, imprescritíveis.

- Parecer pelo provimento do recurso.

I

Cuida-se de extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento a recurso em sentido estrito que buscava a reforma de decisão que rejeitara a denúncia em razão da anistia decretada pela Lei 6683/79.

O acórdão recorrido ampara-se nos seguintes fundamentos: declaração de validade da Lei 6683/79 em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADPF 153), prevalência do entendimento fixado pela Suprema Corte sobre a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do Caso Gomes Lund; exigência, para caracterização da permanência do crime de ocultação de cadáver, de que a atividade criminosa subsista ao longo do tempo e seja praticada em data posterior ao período abrangido pela lei de anistia e inadequação da classificação jurídica – no entender da Corte *a quo*, a conduta imputada ao denunciado configura, com maior propriedade, o crime de destruição, e não ocultação, de cadáver.

O Ministério Público Federal interpôs o recurso alegando ofensa aos artigos 1º–III; 4º–II e 5º–XLIV–§§1º, 2º e 3º da Constituição e ao artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Sustentou, ainda, que o Brasil, ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos, comprometeu-se a observar seus dispositivos, assim como cumprir suas decisões, e que, em sede de direitos humanos, as normas submetem-se a duplo controle (de convencionalidade e de constitucionalidade), entendimento que harmonizaria o suposto conflito existente entre as decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Segundo tal critério, o fato de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a compatibilidade da Lei 6683/79 com a Constituição não esgotou o controle de validade da referida lei, uma vez que tal decisão não apreciou a questão à luz do controle de convencionalidade exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Alegou, ainda, que a exigência de prática de ato comissivo posterior após a edição da Lei de Anistia para caracterização da permanência do crime de ocultação de cadáver ofende os dispositivos constitucionais acima descritos; é igualmente inconstitucional, pois nega a primazia da dignidade da pessoa humana e o dever de o Estado investigar e responsabilizar os autores de graves violações a direitos humanos.

O recorrido, em contrarrazões, alegou a ausência de requisito de admissibilidade, dado o não exaurimento das instâncias ordinárias; a ausência de ofensa à Constituição e validade da Lei de Anistia, à luz do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153. Alega, nesse sentido, não ser possível dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana sem afastar a validade e abrangência da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Sustenta, ainda, que a ausência de descrição de conduta atual do réu afasta a permanência do crime de ocultação de cadáver, assim como a postergação da fluência do prazo prescricional.

O recurso foi admitido na origem, tendo o Presidente da Corte *a quo* ressaltado encontrar-se pendente de julgamento o julgamento da ADPF 320/STF, que discute a inaplicabilidade da Lei 6683 aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos – militares ou civis – contra pessoas que, de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos; e, de modo especial, que tal lei não se aplica aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979.

II

O recurso merece provimento.

Ao contrário do quanto sustenta a Defensoria Pública da União, é desarrazoada a alegação de que não houve o exaurimento das instâncias ordinárias. Supõe a Defensoria ser cabível a interposição de embargos infringentes, uma vez que se decidiu o acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região por maioria.

Note-se, contudo, que o Código de Processo Penal não admite o manejo deste recurso pela acusação:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, **desfavorável ao réu**, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência [ênfase acrescida].

Inaplicáveis à espécie, portanto, os enunciados 207 do Superior Tribunal de Justiça e 281 desta Suprema Corte.

Todos os demais pressupostos de admissibilidade restaram observados: o recurso é tempestivo, cabível, apresenta preliminar formal e fundamentada quanto à repercussão geral e aponta ofensa direta ao texto constitucional, tendo a matéria sido debatida nas instâncias ordinárias. Além disso, como ressaltou o Presidente da Corte *a quo*, o tema em análise guarda estreita relação com o objeto da ADPF 320, ainda não apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao mérito, necessário, primeiramente, analisar o óbice invocado ao recebimento da denúncia. Entendeu-se, no caso, ser plenamente válida a Lei de Anistia, dado o julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal. Neste julgamento, reconheceu o STF a adequação da lei de anistia (lei-medida) à nova ordem jurídica.

Não menos certo é, porém, que o controle de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte não impede o controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aliás, nem mesmo se o Supremo Tribunal Federal tivesse promovido tal controle não seria desautorizado o julgamento do tema pela CIDH, pois a ela cabe dar a palavra final sobre a adequação de determinada norma à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Constituição, ao exaltar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, conferiu a este valor constitucional uma tríplice dimensão: (a) fundamentadora – integrante do núcleo básico informador de todo o sistema jurídico-político –, (b) orientadora – a viabilizar a declaração de ilegitimidade de disposição normativa que contrarie ou obstaculize a sua consecução –, e (c) crítica, na medida em que constitui critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas¹.

¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 97.

O Brasil assinou, em 1969, em San José, Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Esta norma entrou em vigor em 1978, tendo o Brasil ratificado tal diploma em 1992². A República Federativa do Brasil, ao firmar e ratificar sua adesão, obrigou-se não apenas a respeitar os direitos garantidos na Convenção, mas, também, a assegurar o seu livre e pleno exercício, mediante a adoção de medidas afirmativas necessárias e razoáveis para investigar, coibir e responsabilizar aqueles que afrontam os direitos ali assegurados³.

Aliás, o artigo 68—*caput* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dispõe expressamente que “*os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes*”. Nesse mesmo rumo dispõe a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “*art. 27. uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado*”.

Tais obrigações vão ao encontro da opção feita pelo Poder Constituinte Originário: privilegiar uma ampla proteção aos direitos humanos. Assim estabelece expressamente o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “*O Brasil propagará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos*”.

Tal diretriz é ainda reforçada ao longo de toda a Constituição. Destaque-se, aqui, a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais estabelecidas pelo Brasil, tendo, ainda, conferido *status* constitucional aos direitos consagrados em tratados e convenções do qual faz parte.

Nesse mesmo sentido, a Doutrina:

Insista-se: a Constituição de 1988, por força do art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º, atribuiu aos direitos humanos internacionais hierarquia de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata. Como este trabalho pôde demonstrar, a conclusão advém de interpretação sistemática e teleológica do Texto de 1988, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetro axiológico a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. Com a Carta democrática de 1988, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais, vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Com esse raciocínio se conjuga o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, particularmente das normas concernentes a direitos e garantias fundamentais, que

² Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

³ BUERGENTHAL, Thomas *apud* PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 351.

hã de alcançar a maior carga de efetividade possível – o princípio vem a consolidar o alcance interpretativo que se propõe relativamente aos parágrafos do art. 5º do Texto.

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais, adicione-se também o fato de o processo de globalização ter implicado a abertura da Constituição à normação internacional. Tal abertura resultou na ampliação do bloco de constitucionalidade. Este passou a incorporar preceitos enunciadore de direitos fundamentais que, embora decorrentes de fonte internacional, veiculam matéria e conteúdo de inegável natureza constitucional. Admitir o contrário traduziria o equívoco de consentir na existência de duas categorias diversas de direitos fundamentais – uma de status constitucional e outra de status ordinário [...].

Quanto ao impacto jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos no Direito brasileiro, acrescente-se que os direitos internacionais – por força do princípio da norma mais favorável à vítima, que assegura a prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja os direitos humanos – apenas vêm a aprimorar e fortalecer, jamais a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional [...]⁴.

Ainda que se reconheça apenas o *status* supralegal da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵, daí já se infere uma posição superior ao da Lei 6683/79.

Recorde-se, ainda, que no direito internacional, em se tratando da proteção de direitos humanos, consolidou-se o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima ou ao indivíduo, como modo de impedir que uma norma de direitos humanos seja invocada para limitar o exercício ou liberdade já reconhecida por outra norma de direito nacional ou internacional, impondo-se, desse modo, a aplicação da norma mais favorável⁶.

A Constituição é alinhada a tal entendimento, na medida em que consagrou a dignidade humana como superprincípio, valor fundamental de nossa ordem jurídica, critério interpretativo e vetor orientador das relações jurídicas em âmbito interno e internacional.

Nesse contexto, como bem pontua Flávia Piovesan,

a prevalência dos direitos humanos como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira.

[...]

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Es-

⁴ PIOVESAN, Flávia. Ob. Cit., pp. 482/483.

⁵ Nesse rumo, o RE 404276 AgR/MG, relator o Ministro Cezar Peluso, Dje 071, de 17.04.2009.

⁶ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 149.

tado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos⁷.

Este é, pois, o critério que deve nortear a análise do alegado conflito entre decisões jurídicas proferidas no âmbito interno e internacional. A despeito das distintas conclusões levadas a cabo pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da Lei 6683/79, não tem lugar, aqui, a juízo de prevalência: nosso sistema jurídico não estabeleceu, nem tampouco admitiu, hierarquia entre tais julgamentos.

Afinal, o juízo de sobreposição redundaria, ao fim e ao cabo, na abstração de um regime de proteção constitucional em detrimento de outro, negando vigência – seja qual for a decisão supostamente prevalente – ao quanto dispõe a própria Constituição.

Como bem observou André de Carvalho Ramos,

[...] Fazendo o paralelo com possíveis choques entre normas constitucionais originárias, vê-se que é pacífica a necessidade de conciliação entre dois dispositivos constitucionais aparentemente opostos. O mesmo deve se dar com a aparente oposição entre a norma constitucional e a norma internacional, sob pena de, ao enfatizar a supremacia da Constituição, fixe-se uma interpretação constitucional contrária a proteção internacional de direitos humanos, o que certamente fere o espírito da própria Constituição. Assim, ironicamente, ao se afirmar a supremacia da Constituição, viola-se o seu caráter protetivo de direitos humanos⁸.

Não há falar, portanto, em subordinação de um órgão judicial nacional a outro internacional ou vice versa, pois inexistente hierarquia funcional entre os tribunais. Também não há ofensa à soberania nacional decorrente da aplicação de uma decisão de tribunal internacional, afinal, o próprio constituinte optou pela criação, adesão e sujeição a Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7º do ADCT), assim como reconheceu direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º-§2º da Constituição).

⁷ PIOVESAN, Flávia. ob. Cit. p. 110.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro/ São Paulo: Renovar, 2004, pp. 129/130.

De fato, está-se diante de decisões igualmente válidas, eficazes e vinculantes⁹, tomadas por tribunais distintos no estrito exercício de suas competências. Tais decisões reclamam, portanto, em razão de sua especial natureza, análise à luz do diálogo integrativo¹⁰.

É dizer: as decisões proferidas em âmbito interno (controle de constitucionalidade) e internacional (controle de convencionalidade) – ainda que aparentemente contraditórias – devem ser analisadas como partes integrantes de um sistema uno de proteção de direitos humanos. Daí concluir-se que uma determinada norma relacionada a direitos humanos será considerada válida e eficaz em sua plenitude se – e apenas se – secundada pelo sistema de duplo controle ou dupla garantia dos direitos humanos¹¹.

Nesse rumo, mais uma vez, a lição de André de Carvalho Ramos:

[...] Não há conflito insolúvel entre as decisões do STF e as da Corte IDH, uma vez que ambos os tribunais têm a grave incumbência de proteger os direitos humanos. Adoto assim a *teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos*, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional).

Os direitos humanos, então, no Brasil possuem um *dupla* garantia: o *controle de constitucionalidade nacional* e o *controle de convencionalidade internacional*. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse *duplo controle* parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos¹².

À luz de tal critério, portanto, a Lei de Anistia deve ser aplicada apenas se declarada sua validade à luz do controle de constitucionalidade e de convencionalidade. No caso concreto, contudo, a Lei 6683/79, embora julgada válida pelo Supremo Tribunal Federal, não o foi pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Decidiu a CIDH que

3. 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.

⁹ Em 10 de dezembro de 1998, o Brasil reconheceu a jurisdição obrigatória e vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁰ TRINDADE, Cançado. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol. 1, p. 412.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho, ob. cit., p. 355.

¹² RAMOS, André de Carvalho, ob. cit., p. 355.

Logo, se um dos mecanismos de controle reputou inválida a norma, ela não deve ser aplicada, merecendo, em contrapartida, plena execução as obrigações do Brasil estabelecidas pela Corte quando do julgamento do caso Gomes Lund:

C. Obrigação de investigar e, se for o caso, punir graves violações de direitos humanos no Direito Internacional

137. Desde sua primeira sentença, esta Corte destacou a importância do dever estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos. A obrigação de investigar e, se for o caso, julgar e punir, adquire particular importância ante a gravidade dos crimes cometidos e a natureza dos direitos ofendidos, especialmente em vista de que a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correspondente dever de investigar e punir os responsáveis há muito alcançaram o caráter de jus cogens.

138. O Tribunal reitera que a obrigação de investigar violações de direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para garantir os direitos reconhecidos na Convenção. O dever de investigar é uma obrigação de meios e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade, condenada de antemão a ser infrutífera, ou como mera gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas, de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar, ex officio e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva. Essa investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve estar orientada à determinação da verdade.

139. A Corte também salientou que, do artigo 8 da Convenção, infere-se que as vítimas de violações de direitos humanos ou seus familiares devem contar com amplas possibilidades de ser ouvidos e atuar nos respectivos processos, tanto à procura do esclarecimento dos fatos e da punição dos responsáveis, como em busca de uma devida reparação. Outrossim, o Tribunal salientou que a obrigação de investigar e o respectivo direito da suposta vítima ou dos familiares não somente se depreendem das normas convencionais de direito internacional imperativas para os Estados Parte, mas que, além disso, têm origem na legislação interna, que faz referência ao dever de investigar, de ofício, certas condutas ilícitas e às normas que permitem que as vítimas ou seus familiares denunciem ou apresentem queixas, provas, petições ou qualquer outra diligência, com a finalidade de participar processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos.

140. Além disso, a obrigação, conforme o Direito Internacional, de processar e, caso se determine sua responsabilidade penal, punir os autores de violações de direitos humanos, decorre da obrigação de garantia, consagrada no artigo 1.1. da Convenção Americana. Essa obrigação implica o dever dos Estados Parte de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência dessa obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção e procurar, ademais, restabelecimento, caso seja possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos provocados pela violação dos direitos humanos. Se o aparato estatal age de modo que essa violação fique impune e não se reestabelece, na medida das possibilidades, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que

se descumpriu o dever de garantir às pessoas sujeitas a sua jurisdição o livre e pleno exercício de seus direitos [ênfase acrescida].

Ao prosseguir no aludido julgamento, a CIDH, ao tratar do dever do Estado de conduzir eficazmente a investigação penal, a fim de determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções que a lei disponha, determinou que

“[...] o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença”.

Com efeito, reconheceu a CIDH que os crimes de desaparecimento forçado e outros correlatos ocorridos durante a Ditadura revestem-se de especial gravidade, na medida em que atingem toda a coletividade e exorbitam os limites toleráveis de ofensa a direitos fundamentais, enquadrando-se como crimes de lesa-humanidade, donde reponta a obrigação inalienável do Estado de punir tais crimes, na medida em que se revelam “*insuperáveis na existência de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade*”¹³.

O Estatuto de Roma definiu crimes contra a humanidade os “*atos especificados no Artigo 7 do Estatuto de Roma*”¹⁴ quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque”.

A noção de crimes contra a humanidade, contudo, já era difundida desde o século passado. O Preâmbulo da Convenção da Haia sobre as Leis e Costumes da Guerra Terrestre de 1907 já submetia as partes beligerantes às garantias preconizadas pelos usos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências de consciência pú-

¹³ Trecho do voto do Juiz ad hoc Roberto de Figueiredo Caldas no julgamento do Caso Brasil *versus* Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia).

¹⁴ “Art. 7. [...] homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional, tortura, agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparada e outros atos desumanos de caráter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afetem a saúde mental ou física”.

blica¹⁵ e o Regulamento relativo às Leis e Costumes da Guerra Terrestre já determinava o tratamento com humanidade dos presos de guerra¹⁶.

Certo é, contudo, que os crimes contra a humanidade e civilização foram definidos de modo claro e articulado nos “Princípios de Direito Internacional” reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), ocasião em que se condenaram líderes políticos e militares por crimes graves cometidos durante a Segunda Guerra Mundial. Os Princípios de Nuremberg viram-se aprovar em 1950 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo a Organização das Nações Unidas reconhecido expressamente a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade na Resolução 3074, de 3 de dezembro de 1973:

“[...] os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, onde for e qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão investigados, e as pessoas contra as quais hajam provas de sua culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, punidas [...]”.

Como bem pontua a Doutrina,

Com a consolidação do conceito de crime contra a humanidade, esse vínculo (conhecido pela expressão em inglês “war nexus”) com a situação de guerra foi afastado, como se viu no Caso Tadic, no qual a Câmara de Apelação do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia reconheceu que o direito internacional consuetudinário penal, após 1946, retirou do conceito de crime contra a humanidade a exigência de vínculo com a situação de guerra. Assim, após Nuremberg, a prática dos Estados reconheceu a existência de crimes contra a humanidade em casos de ditaduras militares e assemelhadas.

O Estatuto de Roma confirmou essa autonomia do “crime contra a humanidade” em seu artigo 7º, que define ser o crime contra a humanidade um determinado ato de violação grave de direitos humanos, realizado em um quadro de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil, havendo conhecimento desse ataque. Busca-se, então, punir aqueles que, em regimes ditatoriais ou totalitários, usam a máquina do Estado ou de uma organização privada para promover violações graves de direitos humanos em uma situação de banalização de ataques a população civil¹⁷.

¹⁵ [...] Animados del deseo de atender, aun en esta extrema hipótesis, a los intereses de la humanidad y a las exigencias siempre crecientes de la civilización;

Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por lo usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública [...] [ênfase acrescida].

¹⁶ [...] Art. 4. Los prisioneros de guerra están bajo el poder del Gobierno enemigo y no de los individuos o Cuerpo que los hayan capturado. **Deben ser tratados con humanidad** [...] [ênfase acrescida].

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.301.

Para além disso, relevante observar que o Brasil, em 20 de novembro de 2010, ratificou a Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado, fato que demanda do Estado Brasileiro adoção de medidas necessárias à investigação, processamento e responsabilização criminal de todos aqueles que determinem, solicitem ou induza o desaparecimento forçado, assim como à concretização do direito à verdade, reconhecido em relação às circunstâncias do ocorrido, dos resultados da investigação e destino da pessoa desaparecida.

Vê-se, pois, que os delitos em questão, tal como postos na denúncia, configuram crimes como lesa-humanidade e como tais não estão submetidos à prescrição – norma imperativa de caráter consuetudinário e de caráter principiológico do direito internacional dos direitos humanos –, tendo a Corte Internacional de Direitos Humanos assim declarado expressamente. Nesse rumo, mais uma vez, a Doutrina:

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 direitos humanos, não podem ser aplicadas internamente.

Não cabe, então, alegar coisa julgada ou efeito vinculante para obstar inquéritos policiais ou ação penal que estejam a aplicar a sentença *interamericana*, pois não houve rescisão ou declaração de nulidade da decisão da ADPF 153, que continua a produzir efeitos no que tange aos seus fundamentos de direito interno. Só que as autoridades envolvidas devem cumprir agora a sentença internacional, com base no art. 7º do ADCT, bem como os demais artigos que tratam de *tratados internacionais de direitos humanos*.

[...]

Advertimos que a lei brasileira não será revogada pela decisão internacional. O cumprimento pelo Poder Judiciário da decisão internacional apenas suspende os efeitos da citada lei. A revogação da lei dependerá, é claro, da manifestação do Congresso e da edição de lei posterior, o que, é claro, não impede a imediata ação do Ministério Público e da vítima para a exigência do cumprimento da decisão internacional.

[...]

Assim, em face do ordenamento jurídico brasileiro, as eventuais sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos prescindem da rescisão ou mesmo declaração de nulidade de sentença judicial interna. No plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno, já que inexistente, como apontado, hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais. A sentença da Corte IDH, como vimos no *Caso Gomes Lund* acima, deve ser cumprida, como decorre dos comandos constitucionais do art. 5º, §§2º e 3º e 7º do ADCT¹⁸.

¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395, 402 e 406.

Tampouco há falar que a Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund trata de fatos anteriores à entrada em vigor do Decreto Legislativo 89, que reconheceu a submissão do estado brasileiro à jurisdição da CIDH, uma vez que o próprio julgado reforçou que as violações promovidas pelo Estado Brasileiro dizem respeito à omissão estatal em buscar o paradeiro dos desaparecidos e em apurar a responsabilidade penal dos envolvidos.

Diante desta singular realidade, deve-se aqui relembrar o quanto afirmou o Ministro Celso de Mello no HC 87.585-5:

[...] o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário [...]. É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana¹⁹.

Com efeito, como bem apontou o então Procurador-Geral da República, ao se manifestar na ADPF 320,

[...] à luz da Constituição do Brasil, da reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da doutrina e da interpretação dada por diversas cortes constitucionais e organismos internacionais representativos, como a ONU, a atos semelhantes, e também por força dos compromissos internacionais do país e do ordenamento constitucional e infraconstitucional, os crimes envolvendo grave violação a direitos humanos perpetrados à margem da lei, da ética e da humanidade por agentes públicos brasileiros durante o regime autoritário de 1964 – 1985 devem ser objeto de adequada investigação e persecução criminal, sem que se lhe apliquem institutos como a anistia e a prescrição.

A negativa de eficácia à decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos abstrai, portanto, não apenas a autoridade da Corte Internacional e do sistema o sistema de jurisdição do qual a República Federativa do Brasil faz parte em manifesta contrariedade à opção do constituinte (artigo 7º do ADCT e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), mas também a prevalência dos tratados humanos subscritos pelo estado brasileiro e a primazia da dignidade da pessoa humana – direito e fundamento de validade dos direitos do homem (arts. 1º–III, 4º–II e 5º – §§1º, 2º e 3º).

¹⁹ Manifestação do Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, nº 4.433/AsJConst/SAJ/PGR, de 28 de agosto de 2014.

III

Assim, opino pelo provimento do recurso extraordinário, a fim de que se determine o recebimento e a instauração da ação penal, e requeiro, em virtude da relevância da matéria em discussão, seja concedido ao presente recurso, assim como à ADPF 320 – dada a estreita relação com o objeto deste extraordinário –, prioridade na tramitação e julgamento.

Brasília, 07 de maio de 2018.


Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República