

PROCESSO TRANSICIONAL BRASILEIRO: O IMPERATIVO DA PERSECUÇÃO PENAL DOS VIOLADORES AOS DIREITOS HUMANOS

TRANSITIONAL PROCESS IN BRAZIL: THE IMPERATIVE OF CRIMINAL PROSECUTION OF VIOLATORS OF HUMAN RIGHTS

Bruno Barbosa Borges¹

Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami²

RESUMO

O processo denominado de Justiça de Transição tem sido implementado por vários países a fim de corrigir o legado de graves violações aos direitos humanos, uma ação complexa, visto que envolve a árdua tarefa de superar o passado autoritário. O processo inclui medidas como a persecução penal dos criminosos, criação de comissões de verdade, programas de reparações, e vários tipos de reformas institucionais. O Brasil, apesar de ter avançado especialmente nos últimos anos, com reformas institucionais, reparação às vítimas por meio de indenizações, e aprovação da criação da Comissão da Verdade, ainda apresenta grande divergência em relação à possibilidade da persecução penal dos agentes estatais que praticaram graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar. Essa divergência pode ser avaliada nas decisões do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que a Lei 6.683 de 1979 concedeu anistia aos violadores, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos – no Caso Guerrilha do Araguaia – a qual considera que tal Lei impede a investigação e sanção de graves violações aos direitos humanos e não pode seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Nesse contexto, buscamos traçar a possibilidade e /ou necessidade de uma eventual persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; persecução penal; justiça de transição.

ABSTRACT

The process called Transitional Justice has been implemented in many countries in order to correct the legacy of serious human rights violations, a complex action, considering it

¹Profissional, Mestre em Direitos Humanos pela Uminho- Universidade do Minho/Portugal, advogado e professor do UNIARAXA, Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG. brunob2301@yahoo.com.br

²Profissional, Doutoranda pela UMSA- Universidad del Museo Social da Argentina, advogada e professora do UNIARAXA, Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG. elizabeth.futami@gmail.com

involves the difficult task to overcome the authoritarian past. The process includes measures such as criminal prosecution of criminals, establishment of truth commissions, reparations programs, and several types of institutional reforms. Brazil, even though has made progress, especially in the past years, with institutional reforms, reparation to victims through restitutions, and approval of the establishment of the Truth Commission, it still has great divergence from the possibility of criminal prosecution of state agents who committed serious human rights violations during the military dictatorship. The divergence can be assessed in the decisions of the Supreme Federal Court recognizing that the Law 6.683 of 1979 granted amnesty to the violators, and in the Inter-American Court of Human Rights – in the Araguaia Guerrilla Case – which considers that such Law prevents the investigation and sanction of serious human rights violations and it cannot continue to be an obstacle for the investigations of the facts, neither for the identification nor the punishment of those responsible. In this context we try to trace the possibility and/or necessity of an eventual criminal prosecution.

KEYWORDS: Human rights; criminal prosecution; transitional justice.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O processo denominado Justiça de Transição é definido como a área de atividade e pesquisa voltada para a maneira como as sociedades lidam com o legado de violações de direitos humanos, atrocidades em massa ou outras formas de trauma social severo, ao término de um período de repressão ou conflito armado, com vistas à construção de um futuro mais democrático e pacífico.³

Como esclarece Kai Ambos

la justicia de transición no se limita a situaciones posconflictuales y/o de cambio de régimen, en particular a la transición de la dictadura a la democracia, sino que también abarca situaciones de procesos de paz dentro de un conflicto en curso y/o de una democracia formal⁴.

Por conseguinte, tem-se como alguns de seus deveres, investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a

³INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **What is Transitional Justice?**. Disponível em: <http://www.ictj.org/en/tj/>. Acesso em: 20 de mar. 2012. BRITO, Alexandra Barahona de Brito. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**. n. 1, jan. / jun., Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 56-83. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>. Acesso em: 21 de mar. 2012.

⁴AMBOS, Kai. El marco jurídico de la justicia de transición. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed.). **Justicia de transición**: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Bogotá: Editorial Temis, 2010, p.27.

sociedade; oferecer reparação adequada e afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício da lei e de outras posições de autoridade.⁵

Aqui se evoca o **direito à verdade**, no esclarecimento às vítimas e à sociedade das violações aos direitos humanos; o **direito à justiça** no dever do Estado infrator de investigar, perseguir e sancionar os responsáveis; o **direito à compensação** - que compreende também formas não monetárias de restituição e o **direito a instituições reorganizadas e accountable** na realização de reformas institucionais, como o afastamento de agentes públicos que cometeram crimes durante o período autoritário⁶.

Ressalta-se que as políticas de verdade e justiça estão historicamente fundadas e são, portanto, peculiares a cada país⁷. Como disse Barahona de Brito: “o que as sociedades escolhem recordar e esquecer, e de que forma, é algo que condiciona, em parte, as suas opções futuras”⁸, ou seja, cada povo tem sua sensibilidade e suas escolhas, e por meio delas traçará os rumos de sua história.

No Brasil, o governo militar (1964- 1985) foi marcado pela falta de democracia, período em que a supressão de direitos, a cesura, as perseguições políticas, e a forte repressão àqueles que se manifestaram contrários ao regime, com práticas de tortura, sequestros, estupros e assassinatos, faziam parte do modo de governar dos militares e consequentemente, da realidade vivida pelos cidadãos brasileiros⁹.

O fim desse assombroso período, em 15 de janeiro de 1985,¹⁰ foi exaustivamente negociado pelos militares, sendo que, antes, em 1979, decorrente dessa negociação, surgiu a Lei de Anistia, divulgada como produto de uma reconciliação nacional, mas que em seu texto ambíguo pretendeu impedir a persecução penal aos violadores dos direitos humanos¹¹.

Como Glenda Mezarobba apostila “embora houvesse reivindicações por justiça, com a aprovação da Lei de Anistia, o início do que viria a constituir-se no processo brasileiro de acerto de contas seria marcado pela opção dos militares de ignorá-las”¹².

⁵MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: A anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. 2003. 207p. Dissertação (mestrado em ciências políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2003, p. 9.

⁶MEZAROBBA, Glenda. O que é Justiça de transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Prado; KISHI, Sandra Shimasa. (coord.). **Memória e Verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 43-44.

⁷BRITO, Alexandra Barahona de. Introdução. In: BRITO, Alexandra Barahona de; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, Carmem; FERNÁNDEZ, Paloma Aguilar. **Política da Memória**. Verdade e justiça a transição para a Democracia. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004, p. 45.

⁸ Ibid., 2004, p. 61.

⁹ ARNS, Paulo Evaristo. **Um relato para a história- Brasil Nunca Mais**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 53-54.

¹⁰Tancredo Neves e José Sarney são eleitos indiretamente, por meio do Colégio Eleitoral imposto pela ditadura militar. BORIS, Fausto. **História do Brasil**, 6ª Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p.508-510.

¹¹ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. A ditadura militar em tempo de transição (1974-1985). In: MARTINHO, Francisco C. Palomanes (org.) **Democracia e Ditadura no Brasil**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2006, p. 162-163.

¹²MEZAROBBA, Glenda, op.cit., 2009, p. 46.

Assim, a Lei de Anistia - Lei 6.683¹³ promulgada pelo Decreto-Lei 84.143 de 31 de outubro de 1979 - promoveu “o esquecimento de certas infrações penais”¹⁴, extinguindo a punibilidade Estatal sobre os atos praticados por aqueles contrários ao regime militar e possivelmente abarcando também, as terríveis violações perpetradas por agentes estatais ¹⁵.

O Brasil efetivamente só começou a cumprir os deveres de Justiça de Transição somente em 1995, por meio da lei nº 9.140¹⁶, quando o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade por graves violações de direitos humanos ocorridas durante os anos da ditadura militar, passou a indenizar os familiares de mortos e desaparecidos políticos, e estabeleceu a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos.

Em 2002, criou a Lei n. 10.559¹⁷, que promoveu o funcionamento da Comissão da Anistia¹⁸ e também instaurou a possibilidade de o Estado reparar, administrativamente, os prejuízos econômicos infligidos a ex-perseguidos do regime militar.

Ao longo dos anos, o país promoveu importantes reformas institucionais, Paulo Abrão, destaca a extinção do Serviço Nacional de Informações; a criação do Ministério da Defesa, submetendo os comandos militares ao poder civil; a criação do Ministério Público, com missão constitucional que envolve a proteção do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis - como o próprio direito à verdade -; a criação da Defensoria Pública da União; a criação de programas de educação em direitos humanos promovidos pelo Ministério da Educação para as corporações de polícia; a revogação da lei de imprensa criada na ditadura; a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos¹⁹.

No entanto, não se pode dizer que o Estado brasileiro tenha se empenhado em afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício da lei e de outras posições de autoridade,

¹³BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de ago. 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. 28 de ago.1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm. Acesso em: 10 de mar. 2012.

¹⁴DELMANTO, Celso. (et. al.). **Código Penal Comentado**. 7ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 305.

¹⁵BRASIL. Dec.-Lei 2.848, de 07 de dez. 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2012.

¹⁶BRASIL. Lei nº 9.140, de 04 de dez. 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 05 de dez. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2012.

¹⁷Conforme a Lei 10.559/2002, que regulamenta o Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias - Constituição Federal, o pagamento da indenização depende do reconhecimento pelo Ministério da Justiça da condição de anistiado político. COSTA, Gilberto. Justiça: Anistiados políticos já receberam mais de R\$ 3 bilhões em indenizações desde 2003. **Hoje Notícias**. 21 de ago. 2010. Disponível em: <http://www.hoje noticias.com.br/direito/anistiados-politicos-ja-receberam-mais-de-r-3-bilhoes-em-indenizacoes-desde-2003/>. Acesso em: 28 de mar. 2012.

¹⁸O período mencionado na lei, entre 18 de setembro de 1946 – período anterior à Ditadura Militar - até 5 de outubro de 1988, engloba todo o período posterior à queda do Estado Novo até a promulgação da atual Constituição.

¹⁹ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. A Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n. 3, jan./jun. 2010, Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 116-117. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD59503A9ITEMID46B25A9C93394F1B9C87BCEF71C19589PTBRNN.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

afinal, “no Brasil não houve nenhuma iniciativa oficial no sentido de identificar violadores de direitos humanos”, e “tampouco ocorreram expurgos na burocracia”²⁰.

Com relação ao esclarecimento do passado, destaca-se o livro **Brasil: Nunca Mais**, lançado em 1985, pela Arquidiocese de São Paulo, que documentou a prática de tortura generalizada e sistemática durante a ditadura. Além desse, outros livros também auxiliaram neste esclarecimento como **Direito à Verdade e à Memória**²¹ de 2007 com a história de todos os casos que passaram pela Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos, e as publicações dedicadas à infância e às mulheres violadas pela ditadura.

Por conseguinte, tem-se a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil: Memórias Reveladas, bem como a recente aprovação em 2011 da Comissão da Verdade – lei nº 12.528/11²² - e da nova lei de acesso às informações públicas e de desclassificação de documentos sigilosos – lei nº 12.527/11²³.

A aprovação da lei nº 12.528/11 que cria Comissão da Verdade, representa um avanço no processo transicional brasileiro, no que tange ao esclarecimento, ao direito à informação sobre o passado autoritário do país.

Os objetivos dessa Comissão são:

a) esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos, cometidos nos períodos autoritários;

b) promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

c) identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

d) encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos;

²⁰ MEZAROBBA, Glenda, op. cit., 2009, p. 49.

²¹ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

²² BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de nov. 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. **Diário Oficial da União**. 18 de nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

²³ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de nov. 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dez. 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de mai. 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de jan. 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 18 de nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

e) colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

f) recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional;

g) promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

Importante ressaltar que as atividades da Comissão da Verdade não terão caráter jurisdicional ou persecutório, limitam-se à busca pelo esclarecimento do passado, não abarcando a possibilidade de persecução penal dos agentes estatais responsáveis por delitos praticados durante o arbítrio.

Torna-se perceptível no Brasil, especialmente nos últimos anos, um crescente debate público sobre o período autoritário vivido e a necessidade de concretização do processo transicional. Isso se constata nas recentes publicações de obras sobre o passado ditatorial e na aprovação de leis acerca do acesso e apuração da verdade, que nada mais são do que reflexos desse intenso e fervoroso debate.

Porém, o objeto de estudo deste trabalho será a persecução penal dos violadores aos direitos humanos, considerando a questão em seu aspecto interno – a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia, e no aspecto internacional – a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso “Guerrilha do Araguaia” referente ao Brasil.

Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil entrou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Supremo Tribunal Federal questionando a real interpretação da Lei de Anistia brasileira de 1979 frente aos princípios sagrados na Constituição Federal de 1988. Essa questionada interpretação focava-se na imprecisão da anistia dada aos torturadores. A OAB queria ter claro se os torturadores estavam inseridos dentre os anistiados, pela indefinição do que seriam crimes conexos aos crimes políticos, bem como pelo argumento de que a lei não teria validade, pois seria uma autoanistia, na qual o próprio Estado se perdoa por atos que seus agentes promoveram em seu nome. Tendo claro que na sociedade internacional existe uma reprovação às ditas leis de autoanistia²⁴.

A Suprema Corte brasileira a contrário sensu do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que assegura o direito à justiça e à verdade e impede a impunidade dos crimes perpetrados nos contextos autoritários, entendeu que tal anistia era extensiva aos torturadores

²⁴BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental n. 153. Brasília, DF, 21 de out. 2008, p. 24-26. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf. Acesso em: 23 de mar. 2012.

e que somente o poder legislativo poderia alterar dita lei, no sentido da possibilidade da perseguição penal²⁵.

Entretanto, já tramitava no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos uma ação contra o Estado brasileiro, a respeito da Guerrilha do Araguaia - Julia Gomes Lund e outros versus Brasil -, sendo que no dia 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o país pelo desaparecimento forçado de pessoas contrárias à ditadura militar e assassinadas durante a repressão à Guerrilha²⁶.

De acordo com a sentença, a Corte Interamericana declarou que as disposições da Lei de Anistia brasileira são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois essas disposições impedem a investigação e sanção de graves violações aos direitos humanos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Tampouco podem ter igual ou semelhante impacto sobre outros casos de grave violação de direitos humanos sagrados na Convenção.²⁷

Por conseguinte, a Corte, por unanimidade, dispôs, dentre outros, que o Estado brasileiro deve:

a) conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos da Guerrilha do Araguaia, a fim de esclarecê-los, determinando as correspondentes responsabilidades penais e aplicando efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja;

b) realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, quando for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares;

c) oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram.

A PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DO DIREITO INTERNO E INTERNACIONAL

De tal modo, a possibilidade da perseguição penal dos violadores de direitos humanos se encontra de forma divergente exposta em ambas as decisões.

²⁵GRAUS, Eros. Supremo Tribunal Federal. Decisão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Brasília, DF, 29 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em: 23 de mar. 2012.

²⁶CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros – “Guerrilha do Araguaia” VS. Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 16 de mar. 2012.

²⁷Id.

Cabe destacar que a decisão da Suprema Corte brasileira levou em consideração também a existência de um intenso movimento nacional de reconciliação para o fim dos anos de chumbo, e a importância desse pacto ser respeitado.

De acordo com a ministra Cármen Lúcia

não se pode, (...), sobre a interpretação de expressão da Lei n. 6683/79 ignorar-se tudo o que se passou e que secundou a formação daquele documento, goste-se ou não do que nele contém ou o que dele resultou²⁸. (...) O direito realiza o que precisa ser realizado num determinado momento histórico, buscando-se – em termos de legitimidade política – o que seja necessário para se chegar ao justo, em termos de paz social²⁹.

Além disso, a decisão alegara que mesmo com uma possível reinterpretação da Lei de Anistia de 1979, no sentido de não abrangência dos agentes de estado que praticaram violações aos direitos humanos, ainda surgiriam como impedimentos à persecução penal:

- a) a prescrição dos crimes cometidos³⁰;
- b) a atipicidade dos crimes de tortura e desaparecimento forçado no ordenamento jurídico brasileiro à época – princípio da legalidade;
- c) a segurança jurídica e princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.

A prescrição está disposta no art. 109 do Código Penal, que estabelece um prazo máximo de prescrição de vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze. Tendo em vista que já se passaram mais de vinte anos desde o fim da ditadura militar, a maioria desses crimes estaria, nos termos do ordenamento jurídico interno, prescritos, impossibilitando a persecução penal.

Os crimes de desaparecimento forçado e tortura³¹, não eram tipificados pelo Código Penal brasileiro vigente à época da ditadura militar, assim, em respeito ao princípio da legalidade presente no art. 5º, XXXIX, da Constituição de 1988 e no art. 1º do Código Penal de 1940, não haveria como punir, pois “não há crime sem lei anterior que o defina”.

²⁸ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Voto sobre a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental n.153. Brasília, DF, 29 de abr. 2010.p. 5 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153CL.pdf> Acesso em: 23 de mar. 2012.

²⁹ Ibid., p. 14.

³⁰Segundo Lauro Swensson Jr. são alguns exemplos dos crimes cometidos na repressão política da ditadura: crimes contra a vida e integridade corporal: homicídio (art. 121), lesões corporais (art. 129), maus tratos (art. 136) omissão de socorro (art.135) etc; b) crimes contra a liberdade individual: privação arbitrária de liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado (art. 148), constrangimento ilegal (art. 146), ameaça (art.147), violação de domicílio (art. 150), etc.; c) crimes contra o patrimônio: furto (art.155), dano (art. 163), apropriação indébita (art. 168) etc.; d) crimes contra o respeito aos mortos: destruição ou ocultação de cadáver (art. 211); e) crimes contra a liberdade sexual: estupro (art. 213), atentado violento ao pudor (art. 214); f) crimes de falsificação: falsificação de documento público (art. 297), atestado falso por médico (art. 302); g) crimes contra a administração pública: concussão (art. 316), violência arbitrária (art. 322), abuso de autoridade (art. 350), condescendência criminosa (art. 320) etc. SWENSSON JR., Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: SWENSSON JR., Lauro Joppert. (et.al.). **Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

³¹ Somente com a Lei nº 9.455 de 7 de abril de 1997 ocorreu a definição do crime de tortura no Brasil.

Do mesmo modo, uma interpretação diversa provocaria a extinção da situação jurídica existente quando da inauguração da nova ordem constitucional, esbarrando no princípio da segurança jurídica,³² ínsito ao Estado Democrático de Direito e garantido pela própria Constituição de 1988³³, e no princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa³⁴. Nesse caso, a situação jurídica e os direitos subjetivos definitivamente constituídos em função de interpretação anterior dada à lei não poderiam mais ser alterados³⁵.

Conforme explica Marcelo Novelino, o princípio da não retroatividade tem como objetivo resguardar a incolumidade de situações definitivamente consolidadas de modo a preservar a segurança jurídica³⁶.

Considerando a decisão da Corte Interamericana, temos que as disposições da Lei de anistia brasileira são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Segundo a Corte, o Estado brasileiro, pelos crimes praticados contra os opositores ao regime militar e pela falta de investigação, sanção e julgamento dos responsáveis, violou dentre outros direitos, os direitos à vida³⁷, à integridade pessoal³⁸, à liberdade pessoal³⁹, às garantias judiciais⁴⁰ e à proteção judicial⁴¹. Outrossim, não cumpriu a obrigação de adequar

³²O Princípio da Segurança Jurídica tem vinculação direta com os direitos fundamentais e ligação com determinados princípios que dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal e o direito adquirido - previstos no art. 5 XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – Constituição Federal.

³³GRAUS, Eros Roberto, op. cit., 2010, p. 6.

³⁴A lei somente poderia retroagir em benefício do réu - artigo 5º XL da Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁵NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 5ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 478.

³⁶Ibid., p. 477.

³⁷Art. 4. Direito à vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

³⁸Art. 5. Direito à integridade pessoal: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral; 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

³⁹Art. 7. Direito à liberdade pessoal: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais; 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas; 3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários; 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela; 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo; 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que esse decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

⁴⁰Art. 8. Garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁴¹Art. 25. Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

seu direito interno à Convenção Americana – conforme dispõe o seu art. 2⁴² – como consequência da interpretação e aplicação que foi atribuída à Lei de anistia a respeito das graves violações aos direitos humanos.

Ressalva-se que os fundamentos de tal entendimento estão consagrados não apenas na Convenção Americana de Direitos Humanos como em importantes tratados internacionais - o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁴³; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴⁴; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁴⁵; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento forçado de Pessoas; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura⁴⁶, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade.

Esses tratados versam sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, obrigação de prevenção e punição da tortura e do desaparecimento forçado, e suas definições, e ainda, a respeito da necessidade dos Estados Partes adequarem suas normas internas às disposições dos tratados para a efetivação dos direitos dispostos e combate à impunidade.

Porém, enfatiza-se que nem todos esses tratados eram ratificados pelo Brasil à época do arbítrio – o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional foi ratificado pelo Brasil em 20/06/2002; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi ratificado pelo Brasil em 24/01/1992; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi ratificada pelo Brasil em 28/09/1989; a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi ratificada pelo Brasil em 20/07/1989.

Outros tratados até o presente momento também não foram ratificados – como a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade e, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento forçado de Pessoas.

⁴²Art. 2. Dever de adotar disposições de direito interno: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados- Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

⁴³Que define os crimes contra a humanidade em seu art. 7º e os declara imprescritíveis em seu art. 29.

⁴⁴Obrigação presente no art. 2.3 do Pacto. Tal art. dispõe que: Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a: a) garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente pacto tenham sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoa que agiam no exercício de funções oficiais; b) garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; c) garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

⁴⁵A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes foi estabelecida na XXXIX Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, assinada em 23 de set. 1985, foi ratificada apenas em 28 de set. 1989 (decreto legislativo: n. 4, de 23.05.89). ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dez. 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degrdant.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

⁴⁶A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura concluída em 24 de jan. 1986 e aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5 de 31 de jan. 1989. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 09 de dez. 1985. Colômbia. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

Em decorrência disso, alguns estudiosos entendem não ser possível a imposição e aplicação desses tratados ao Estado brasileiro.

Mesmo assim, os crimes contra a humanidade já constavam como princípios jus cogens desde 1950 reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal de Nuremberg⁴⁷, ou seja, a proibição de crimes contra a humanidade já apresentava antes da ditadura militar brasileira o status de norma imperativa de direito internacional. Portanto, essas normas cogentes independem de recepção ou ratificação no ordenamento interno para serem respeitadas.

Conforme lecionam Juan Méndez e Talita Rincón, segundo os Princípios de Nuremberg de 1950, o Estatuto de Roma e as jurisprudências dos tribunais penais internacionais e mistos, o crime de lesa humanidade ocorre quando:

- a) é cometido um ato inumano em sua natureza e caráter, o qual produz um grande sofrimento na vítima ou que causa danos à sua integridade física e/ou saúde física e/ou mental;
- b) quando esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado;
- c) quando esse ataque responde a uma política que não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e
- d) quando o ataque é dirigido contra população civil⁴⁸.

Igualmente, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi reconhecida pela Assembleia Geral das Nações Unidas como princípio de direito internacional. Isso antes da aprovação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade⁴⁹ em 1968 e antes mesmo de sua entrada em vigor em 1970. Por isso, “o objeto da Convenção era o de reafirmar um princípio internacional já existente e o de poder garantir, por meio de um tratado, sua aplicação universal”⁵⁰.

De tal modo, os crimes como tortura, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáver, visto que foram cometidos por agentes do Estado brasileiro, em um contexto

⁴⁷A sentença condenatória, proferida pelo tribunal de Nuremberg, simbolizou, no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está, portanto, acima da própria lei e do próprio Estado. MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

⁴⁸MÉNDEZ, Juan; COVELLI, Talita Rincón. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra AKemi Shimada. (coord.). **Memória e Verdade: A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 372.

⁴⁹ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa humanidade, de 26 de nov. 1968. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/genocidio/conv68.htm>. Acesso em: 20 de set. 2012.

⁵⁰Segundo Juan Méndez e Talita Rincón Covelli: Esse pronunciamento da Assembleia Geral, do ano de 1967, é importante também porque dá conta do caráter de universalidade que tem a Convenção sobre imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes de lesa humanidade. MÉNDEZ, Juan; COVELLI, Talita Rincón, op. cit., 2009, p. 391.

sistemático e generalizado de perseguição contra parcela da população civil, poderiam ser considerados crimes contra a humanidade e por isso seus praticantes deveriam ser responsabilizados, apesar do tempo transcorrido⁵¹. Afinal, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

A questão dos crimes ocorridos no Brasil durante o período da ditadura militar deve considerar então, duas situações:

- a) o caráter de princípio do direito internacional da imprescritibilidade e da proibição dos crimes contra a humanidade já presente naquele momento;
- b) o fato de alguns crimes serem permanentes ou continuados, gerando a obrigação do Estado de respeitar a Convenção Americana e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos mesmo que ratificados posteriormente.

No sentido dessa última, tem-se o entendimento expresso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão proferida no caso *Las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador* que:

A Corte não pode exercer competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado, que possa implicar em responsabilidade internacional, forem anteriores ao reconhecimento da competência⁵².

Contudo, abre uma ressalva:

quando se tratar de uma violação contínua ou permanente, iniciada antes do reconhecimento pelo Estado demandado da competência contenciosa da Corte e que persista mesmo depois desse reconhecimento, o Tribunal será competente para conhecer das condutas ocorridas posteriormente ao reconhecimento da competência e dos efeitos das violações⁵³.

Seria o caso dos crimes de ocultação de cadáver e desaparecimento forçado. Do mesmo modo, vale ressaltar que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados preceitua também em seu art. 27 que o Estado após aderir ao tratado não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento deste⁵⁴.

⁵¹ WEICHERT, Marlon Alberto. Responsabilidade internacional do Estado brasileiro na promoção da justiça transicional. In: Inês SOARES, Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.) **Memória e verdade**: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 161.

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*. n. 118. 23 de Nov. 2004. p. 22. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf. Acesso em: 20 de mar. 2012.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, op. cit., p. 2004.

⁵⁴ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. **Anistia**: as Leis Internacionais e o Caso brasileiro. Curitiba: Juruá, 2009, p. 213-214.

No caso, o Brasil não pode invocar sua Lei de Anistia para se eximir de cumprir obrigações internacionais aceitas pelo Estado no momento da ratificação do tratado.

Segundo Juan Méndez e Tatiana Covelli no que tange à Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

a obrigação geral de perseguir, investigar e punir os responsáveis por graves violações dos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade é uma obrigação que nasce para o Estado a partir do momento da ratificação da Convenção, e é exigível em relação a atos constitutivos desse tipo de violações e crimes, cometidos antes de sua ratificação e vigência pelo respectivo Estado. Portanto, pode-se dizer que, se o Estado do Brasil – como Estado Parte da Convenção – alega a prescritibilidade para não investigar nem punir os crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período da ditadura (1964-1985), não estaria cumprindo as obrigações gerais do artigo 1.1 e estaria, dessa forma, violando a Convenção.

O artigo 1.1 da Convenção Americana dispõe sobre a obrigação de respeitar os direitos que:

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Todavia, em nossa opinião, apesar dos conflitos existentes entre essas decisões, considerando ou não a prescrição e/ ou a Lei de Anistia, a persecução penal parece ser possível nos crimes de ocultação de cadáver, ou o crime de desaparecimento forçado equiparado ao crime de sequestro⁵⁵ – por serem permanentes⁵⁶, ou seja, subsistindo até ser encontrado o cadáver das vítimas – pois a prescrição somente começa a correr a partir do momento em que o crime se exauriu. Conforme Lauro Swensson Jr. “somente para os chamados “crimes permanentes”, como a ocultação de cadáver (art. 211 do CP), poder-se-ia ensejar a punição penal dos agentes estatais, por tais crimes não se encontrarem prescritos “⁵⁷.

Como ensina Julio Mirabete “trata-se de crime permanente e a consumação se protraí no tempo, (...). Permite-se assim, a autuação em flagrante delito enquanto durar a privação de liberdade da vítima”⁵⁸.

⁵⁵A equiparação do crime de desaparecimento forçado com o crime de sequestro foi retirada do deferimento da EXTRADIÇÃO 974 do major uruguaio Manoel Cordeiro Piacentini, feito pela Argentina, por crimes de sequestro, equiparado para fins de dupla tipicidade com o crime de desaparecimento forçado. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. STF decide extraditar para Argentina militar acusado de tortura e sequestro. **Notícias/ Ministério Público Federal**. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/stf-decide-extraditar-para-argentina-militar-acusado-de-tortura-e-sequestro. Acesso em: 28 de mar. 2012.

⁵⁶Segundo Rogério Greco nos crimes permanentes existe uma ficção de que o agente, a cada instante, enquanto durar a permanência, está praticando atos de execução. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.122.

⁵⁷SWENSSON JR., Lauro, op. cit., 2010, p. 36

⁵⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 190.

Nessa linha de entendimento, o Ministério Público Federal tem proposto ações penais contra os agentes da repressão política. Segundo os procuradores, os relatórios e registros históricos existentes sobre as supostas mortes das vítimas “não interferem na tipificação do delito (de sequestro), pois, além de imprecisos e inespecíficos, não trazem elementos indicativos dessas mortes – e de suas circunstâncias”. Ressaltam que os restos mortais das vítimas nem foram localizados, e que existe efetivamente prova material do sequestro e dos maus tratos⁵⁹.

Os procuradores da República observam que, como os crimes são permanentes - pois não se sabe ao certo do paradeiro das vítimas, que permanecem desaparecidas, não se pode cogitar de prescrição ou da anistia.

Por esse motivo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, sobre a validade da Lei de Anistia, não impede a responsabilização criminal por crime de sequestro e/ou ocultação de cadáver.

DEVER DE JUSTIÇA E O COMBATE À IMPUNIDADE

Destarte, diante do que foi exposto, percebe-se que o Brasil, apesar de ter avançado na superação do seu passado ditatorial, principalmente no que tange à reparação às vítimas e seus familiares, e à recente aprovação de criação da Comissão da Verdade, ainda não cumpriu seu dever em relação à justiça – na investigação, perseguição e sanção dos agentes da repressão política.

O imperativo do cumprimento do direito à justiça se impõe, pois, como doutrina Juan Méndez, os deveres da Justiça de Transição podem ser cumpridos separadamente, mas não devem ser vistos como alternativos, uns dos outros, pois as diferentes obrigações são distintos deveres e cada um deles deve ser cumprido com a melhor das habilidades do governo⁶⁰.

Assim, o direito à justiça só será efetivamente concretizado quando se permitir o julgamento dos violadores de direitos humanos. Precisamos compreender que apesar dos julgamentos se mostrarem complicados – sobretudo nessa conjuntura, em que o Estado, por meio de seus agentes, cometeu graves violações aos direitos humanos –, punir os violadores por meio de julgamentos pode servir para evitar a prática desses crimes no futuro e também de conforto às vítimas.

⁵⁹MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. MPF assina ação contra Curió por sequestros na guerrilha do Araguaia. Disponível em: <http://ictj.org/news/prosecutors-announce-investigation-disappearances-during-brazilian-military-dictatorship>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

⁶⁰MÉNDEZ, Juan. apud. MEZAROBBA, Glenda. Op. cit., 2009, p. 42-43.

Igualmente, pode fundar princípios morais, prestar lições coletivas sobre a justiça, e até auxiliar na restauração da confiança nos poderes judiciais e em outras instituições democráticas⁶¹.

O desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos na América depende do cumprimento das decisões da Corte por parte dos Estados-membros da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Desse modo, segundo Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuoli, o Brasil tem a obrigação de cumprir a decisão da Corte Interamericana, proferida no Caso Araguaia. O Brasil foi declarado responsável pelo desaparecimento de pessoas e, agora, por força de sentença da Corte, tem o dever de investigar e processar os responsáveis pelos referidos delitos contra a humanidade, não tendo nenhum valor jurídico a Lei de Anistia brasileira, apesar de ter sido validada pelo Supremo Tribunal Federal⁶².

Ao mesmo tempo, o cumprimento da decisão da Corte pelo Estado brasileiro “implica ruptura com a cultura de impunidade e desigualdade no alcance das mãos da justiça ao ‘enfrentar fantasmas do passado’ e vencer a resistência que tem impedido, ainda nos dias atuais, que se sedimente os princípios democráticos”, segundo Viviana Krsticevic e Beatriz Affonso⁶³.

Igualmente, o fim da impunidade decorre do processo de realização da justiça, que transforma a percepção da sociedade sobre os deveres e obrigações, e sobre os limites aos quais estão submetidos o Estado e seus agentes⁶⁴, ao passo que a ausência de punição contribui para a geração do perverso efeito de aumentar o número de crimes⁶⁵.

De tais afirmações se extrai que a impunidade deve ser combatida, pois conforme Beccaria, “o que importa é que nenhum crime conhecido fique sem punição”⁶⁶. Assim sendo, manter impunes os torturadores mediante uma Lei de Anistia, ou sob a alegação de prescrição, ou atipicidade de crimes, em detrimento de respeito a princípios internacionais de

⁶¹VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. In: ROMERO, Mauricio (ed.).

Verdad, memória y reconstrucción: estudios de caso y análisis comparado. 1ª ed. Bolivia: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008, p. 17.

⁶²GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaia”: aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar:** Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.72.

⁶³KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz. A Importância de se fazer justiça: reflexões sobre os desafios para o cumprimento da obrigação de investigar e punir os responsáveis em observância à sentença da Corte Interamericana no caso da Guerrilha do Araguaia. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar**, op. cit. p. 274.

⁶⁴KRSTICEVIC, Viviana; AFFONSO, Beatriz, op. cit., p. 274.

⁶⁵SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 179.

⁶⁶BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** Torrieri Guimarães (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 37.

proibição dos crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade, pode contribuir para que o legado de violações aos direitos humanos não seja superado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalmente, em nosso breve estudo, identificamos que a persecução penal dos violadores aos direitos humanos no Brasil, em cumprimento ao dever de justiça fundamental ao processo transicional, pode ocorrer:

- a) pelo respeito aos princípios internacionais de direitos humanos – jus cogens de proibição de praticar crimes contra a humanidade e sua imprescritibilidade - já viventes anteriormente à ditadura militar;
- b) como uma obrigação de perseguir, investigar e punir os responsáveis por violações graves de direitos humanos e por crimes de lesa-humanidade, surgida a partir do instante em que o Brasil ratificou a Convenção Americana e o Pacto internacional de Direitos Cívicos e Políticos, sendo exigível no tocante a fatos constitutivos desse tipo de violações e crimes ocorridos antes da ratificação desses instrumentos internacionais pelo país e de sua vigência, e;
- c) em relação aos crimes tidos como permanentes - ocultação de cadáver e desaparecimento forçado equiparado ao sequestro – que por não terem se exaurido não estão alcançados pela Lei de Anistia, nem pela prescrição.

O imperativo da persecução penal dos violadores de direitos humanos do período ditatorial brasileiro é parte do processo de Justiça de Transição, se o país concretizar o direito à verdade, e ainda mantiver impunes seus torturadores, não concluirá seu processo de justiça de transição, pois cada uma das obrigações do Estado – direito à verdade, justiça, compensação e reformas institucionais – apesar de articuladas, são independentes umas das outras, donde deriva que todas as obrigações devem ser cumpridas para que o processo transicional seja concluído⁶⁷.

No que tange ao Direito internacional dos Direitos Humanos quando tivermos diante de um impasse – adotar norma interna ou internacional – devemos optar pelo critério pautado na escolha da norma mais favorável à vítima⁶⁸. Nesse sentido, Antônio Augusto Trindade

⁶⁷BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de Transição**: A transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.

⁶⁸De acordo com Lucia Elena Bastos: Sobre as leis de anistia em branco e o direito internacional, poder-se-ia interpretar que provisões estabelecidas pela Convenção Americana que têm hierarquia constitucional, como o art. 4 (direito à vida); o art. 5 (direito a um tratamento humano); o art. 8 (direito a um julgamento justo); o art. 25 (direito à proteção judicial); o art. 13 (direito à liberdade de pensamento e expressão) representam garantias às vítimas que sofreram violações dos direitos

esclarece que “a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno”⁶⁹.

Ademais, se ainda existirem dúvidas quanto ao imperativo de se implementar o dever de justiça, devemos buscar a resposta na própria Magna Carta, que em seu artigo 3º expressa como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa, e não há justiça sem que se faça justiça⁷⁰.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. A Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n. 3, jan./jun. 2010, Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 116-117. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD59503A9ITEMID46B25A9C93394F1B9C87BCEF71C19589PTBRNN.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed.). **Justicia de transición**: con informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

ARNS, Paulo Evaristo. **Um relato para a história- Brasil Nunca Mais**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Torrieri Guimarães (trad.). 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

humanos em períodos ditatoriais, as quais têm primazia diante da concessão de anistias em branco para as violações dos direitos humanos; sendo capaz, portanto, de ultrapassar a aplicação da norma interna que prevê a impunidade. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira, op. cit., 2009, p. 226.

⁶⁹TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica: Instituto interamericano de Derechos Humanos, 1992, p. 318.

⁷⁰É de suma importância destacar os Embargos de declaração interposto pela OAB em face de acórdão que julgou improcedente a ADPF, ao fundamento de que a anistia, por se tratar de pacto bilateral objetivando a reconciliação nacional, considerando o contexto histórico em que foi concedida, teve caráter amplo, geral e irrestrito. Sustenta o embargante ausência de "enfrentamento do real caráter bilateral da anistia concedida pela lei", ao argumento de ausência de enfrentamento da "premissa de que os criminosos políticos anistiados agiram contra o Estado e a ordem política vigente, ao passo que os outros atuaram em nome do Estado e pela manutenção da ordem política em vigor." Defende que a Assembleia das Nações Unidas confirmou os princípios de direito internacional reconhecidos pelo estatuto do Tribunal de Nuremberg, e que "um desses princípios foi o de qualificar como crime contra a humanidade os seguintes atos: 'o assassinio, o extermínio, [...] e todo ato desumano, cometido contra a população civil' por autoridades estatais, o que veio a ser consolidado no Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998 (art. 7º, I)", o que, no seu entender não pode "ser objeto de anistia por determinação de leis nacionais". Nessa linha, afirma que o acórdão embargado foi omissivo "na premissa de que entre as barbáries cometidas pelo regime de exceção há os crimes de desaparecimento forçado e de sequestro que, em regra, só admitem a contagem de prescrição a partir de sua consumação – em face de sua natureza permanente, conforme já assentado na Extradicação 974." Em discussão: saber se o acórdão embargado incidiu nas alegadas omissões. Procuradoria Geral da República: pela inadmissibilidade dos embargos.

BORGES, Bruno Barbosa. **Justiça de Transição: A transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira.** Curitiba: Juruá, 2012.

BORIS, Fausto. História do Brasil, 6ª Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de ago. 1979. Concede anistia e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** 28 de ago.1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm. Acesso em: 10 de mar. 2012.

_____. Dec.-Lei 2.848, de 07 de dez. 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil.** 31 de dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 de mar. 2012.

_____. Lei nº 9.140, de 04 de dez. 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de set. 1961 a 15 de ago. 1979, e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** 05 de dez. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm. Acesso em: 20 de mar. de 2012.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. **Direito à verdade e à memória.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

_____. Lei nº 12.528, de 18 de nov. 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. **Diário Oficial da União.** 18 de nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de nov. 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dez. 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de mai. 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de jan. 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** 18 de nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12527.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

_____. Ordem dos Advogados do Brasil. Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de preceito fundamental n. 153. Brasília, DF, 21 de out. 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/586_ADPF%20153%20-%20peticao%20inicial.pdf. Acesso em: 23 de mar. 2012.

BRITO, Alexandra Barahona de Brito. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. In: **Revista Anistia Política e Justiça de Transição.** n. 1, jan. / jun., Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 56-83. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>. Acesso em: 21 de mar. 2012.

_____ ; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, Carmem; FERNÁNDEZ, Paloma Aguilar. **Política da Memória**. Verdade e justiça a transição para a Democracia. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004.

COSTA, Gilberto. Justiça: Anistiados políticos já receberam mais de R\$ 3 bilhões em indenizações desde 2003. **Hoje Notícias**. 21 de ago. 2010. Disponível em: <http://www.hojenoticias.com.br/direito/anistiados-politicos-ja-receberam-mais-de-r-3-bilhoes-em-indenizacoes-desde-2003/>. Acesso em: 28 de mar. 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e Outros – “Guerrilha do Araguaia” VS. Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 16 de mar. 2012

_____. Caso Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. n. 118. 23 de Nov. 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_118_esp.pdf. Acesso em: 20 de mar. 2012.

DELMANTO, Celso. (et. al.). **Código Penal Comentado**. 7ª ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Luíz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da Ditadura Militar**: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAUS, Eros. Supremo Tribunal Federal. Decisão sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153. Brasília, DF, 29 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf> Acesso em: 23 de mar. 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

INTERNATIONAL CENTER FOR TRANSITIONAL JUSTICE. **What is Transitional Justice?**. Disponível em: <http://www.ictj.org/en/tj/>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINHO, Francisco C. Palomanes (org.) **Democracia e Ditadura no Brasil**. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2006.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro**: A anistia e suas consequências – um estudo do caso brasileiro. 2003. 207p. Dissertação (mestrado em ciências políticas) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2003.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Geral da República. MPF assina ação contra Curió por sequestros na guerrilha do Araguaia. Disponível em: <http://ictj.org/news/prosecutors-announce-investigation-disappearances-during-brazilian-military-dictatorship>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

_____. Procuradoria Geral da República. STF decide extraditar para Argentina militar acusado de tortura e sequestro. **Notícias/ Ministério Público Federal**. Disponível em: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/stf-decide-extraditar-para-argentina-militar-acusado-de-tortura-e-sequestro. Acesso em: 28 de mar. 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Especial. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 5ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 10 de dez. 1984. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>. Acesso em: 20 de mar. 2012.

_____. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 09 de dez. 1985. Colômbia. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 20 de mar. 2012.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Voto sobre a Arguição de Descumprimento de preceito Fundamental n.153. Brasília, DF, 29 de abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153CL.pdf>. Acesso em: 23 de mar. 2012.

ROMERO, Mauricio (ed.). **Verdad, memória y reconstrucción**: estudios de caso y análisis comparado. 1ª ed. Bolívia: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008.

SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição Penal e Imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra AKemi Shimada. (coord.). **Memória e Verdade**: A Justiça de Transição no Estado Democrático Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SWENSSON JR., Lauro Joppert. (et.al.). **Justiça de Transição no Brasil**: Direito, Responsabilização e Verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional**: perspectivas brasileiras. San José da Costa Rica: Instituto interamericano de Derechos Humanos, 1992.