

PROBLEMAS CRIMINAIS DA SENTENÇA DA CORTE IDH NO CASO GOMES LUND: RESPOSTAS DO DIREITO COMPARADO

SERGIO GARDENGHI SUIAMA

PROCURADOR DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO. MESTRE EM DIREITO (LL.M) E
HUMAN RIGHTS FELLOW PELA UNIVERSIDADE DE COLUMBIA.

1. Introdução.

Como esperado, em 24 de novembro de 2010 a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou o Brasil, no caso *Gomes Lund e outros*, a investigar e levar à justiça criminal os responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 militantes do Partido Comunista do Brasil na região do Araguaia, entre 1972 e 1975. A sentença, no ponto resolutivo 9, veda a invocação de “prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade” e, no ponto resolutivo 3, declara que, na perspectiva do direito internacional, “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”.

O objetivo deste artigo - originalmente preparado como nota técnica à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República - é apresentar, de forma sistemática, as diferentes respostas dadas pelo direito internacional e pelo direito comparado aos problemas de caráter jurídico-penal envolvidos no cumprimento dos deveres estabelecidos nos pontos 3 e 9 da sentença de 24 de novembro de 2010. Mais especificamente, o artigo pretende: a) examinar o conteúdo das obrigações contidas nos

referidos pontos resolutivos relacionadas ao dever do Estado brasileiro de investigar e sancionar o que a Corte chama de “graves violações a direitos humanos” ocorridas durante o último regime militar; b) identificar as principais questões de natureza teórica relacionadas ao cumprimento da sentença internacional no que se refere ao conflito entre os deveres positivos de proteção estatal através do sistema de justiça criminal e as tradicionais garantias da legalidade, irretroatividade e proteção à coisa julgada, à luz do direito internacional e do direito comparado. Pretende-se, em outras palavras, contribuir para a necessária discussão a respeito da implementação da sentença da corte, a partir da apresentação do estado da arte no assunto objeto dos dois pontos da sentença, isto é, o tratamento jurídico-penal dado pelo direito internacional e pelo direito comparado ao conteúdo do dever positivo estatal de investigar e sancionar graves violações a direitos humanos cometidas durante o regime anterior.

Optou-se aqui pela objetividade e pela apresentação das decisões recolhidas em tópicos organizados segundo o problema jurídico posto, de forma a facilitar a comparação entre as diferentes soluções encontradas. A premissa adotada é que o Estado brasileiro tem a obrigação de cumprir o mais fielmente¹ possível a sentença de um tribunal internacional ao qual concordou em sujeitar-se, cabendo-lhe, dessa forma, encontrar soluções em seu direito interno que viabilizem tal propósito. O artigo também pressupõe que as complexas questões de natureza constitucional - sobretudo aquelas relativas aos efeitos do controle de convencionalidade efetuado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH no ordenamento interno - foram superadas. Não se tratará, portanto, da eficácia vinculante da sentença internacional, embora seja impossível deixar de notar que virtualmente todos os Estados membros do sistema interamericano cumprem as decisões da Corte em casos análogos ao em discussão.

Parte-se por fim da convicção de que as obrigações impostas ao Estado brasileiro nos pontos 3 e 9 da sentença recaem diretamente sobre o Ministério Público, na qualidade de titular exclusivo das ações penais públicas que - segundo espera a Corte IDH - deverão resultar das investigações envolvendo agentes federais da repressão. E de que é positivo para o Ministério Público brasileiro estudar como as demais democracias constitucionais latino-americanas vem lidando com os desafios teóricos postos pela abertura do direito penal estatal ao direito internacional, especialmente no que se refere à delicada compatibilização entre a proteção dos direitos das vítimas de crimes contra a humanidade e a preservação das conquistas liberais dirigidas à limitação do poder

¹Em matéria de tratados internacionais, o princípio *pacta sunt servanda* está previsto no art. 26 da Convenção de Viena (“Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”). No artigo seguinte, há a regra de que “[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.”

punitivo, tais como a proteção contra o *bis in idem* e a prescrição penal.

2. “Qual direito deve assumir o lugar do direito injusto legal que se considera inválido?”²

A estrutura dos crimes internacionais apresenta o que Antonio Cassese chama de *dupla camada*³ pois é formada por um delito subjacente geralmente tipificado pelos ordenamentos internos (homicídio, lesão corporal grave, estupro, tortura etc.) ao qual se adiciona o reconhecimento de que a conduta representou, também, uma grave ofensa a valores tidos como universais e consagrados em tratados e regras costumeiras do direito internacional.

Do ponto de vista do direito penal, importa verificar como essas duas “camadas” se articulam considerando especialmente os seguintes fatores: a) embora atribuam aos indivíduos (particulares e agentes estatais) obrigações que não necessariamente coincidem com aquelas a eles impostas pelos Estados nacionais, as regras de direito penal internacional em geral não definem tipos nem impõem sanções; b) usualmente o direito internacional atribui aos Estados o dever de processar e punir os autores das violações, aplicando-se aos tribunais penais internacionais o princípio da complementaridade (ou subsidiariedade) declarado no art. 1º do Estatuto de Roma; c) no caso em discussão, a maioria dos juízes da Corte IDH não qualificou os fatos como “crimes contra a humanidade”, muito embora tenham unanimemente empregado o termo desaparecimento forçado; d) a Corte declarou inválida a lei de anistia e indiretamente afastou a eficácia das normas do direito interno que fundamentam a recusa do exercício da persecução penal⁴.

No sistema interamericano, o procedimento usualmente empregado pelos tribunais nacionais nos processos de crimes internacionais pode ser descrito como *dupla subsunção dos fatos* – a um tipo penal da legislação interna e à tipologia própria do direito penal internacional, em particular a dos crimes contra a humanidade, de onde se deriva a regra da imprescritibilidade dos delitos qualificados.⁵

²KAUFMANN, Arthur *apud* ALEXY, Robert. “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 23. Alicante, 2000, p. 221.

³ KASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2008, p. 54. Cf. também AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel (eds.). *Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

⁴ *Gomes Lund, cit.*, pars. 256 e 257 e pontos resolutivos 3 e 15.

⁵Para uma visão integrada da jurisprudência latino-americana sobre o assunto, cf. KRSTICEVIC, Viviana e TOJO, Lili-ana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: Center for Justice and International Law - CEJIL, 2007 e o já citado *Jurispru-*

Como salienta Pablo Parenti, porém, esta dupla subsunção não é claramente definida como dupla tipicidade:

La subsunción de los hechos en las figuras del Derecho Penal Internacional aparece en la jurisprudencia argentina, o bien como un asunto propio de la parte general (análisis de la vigencia de la acción disociado de la subsunción típica), o bien como una cuestión vinculada a la tipicidad, pero cuyo tratamiento suele quedar incompleto al no exponerse claramente qué relación existiría entre las figuras del DPI de base consuetudinaria (figuras que permiten sostener la imprescriptibilidad) y los tipos penales de la legislación argentina (que tienen asignada una escala penal), o bien al no analizarse todas las consecuencias que en principio se derivarían de un uso de las figuras del DPI en el plano de la tipicidad (por ejemplo, el tratamiento del dolo y el error), o bien al no enfrentarse totalmente el problema que genera una tipicidad consuetudinaria frente al principio de legalidad, cuestión que a menudo se despeja mediante la afirmación de que el principio de legalidad estaría satisfecho al existir tipos penales (por ejemplo, homicidio, torturas, etcétera) que ya prohibían las conductas.⁶

Ezequiel Malarino, em artigo-síntese sobre o direito comparado latinoamericano,

dência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional. Os artigos da publicação da Fundação Konrad Adenauer assumem posição mais crítica e focada nos aspectos penais da implementação das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobretudo na Argentina e Chile. A respeito da Argentina, escreve Pablo F. Parenti nessa publicação: “La mayor parte de la jurisprudencia parece conformarse con verificar que los hechos objeto de juzgamiento son crímenes contra la humanidad a la luz del derecho internacional y, por lo tanto, imprescriptibles. Esta jurisprudencia no se detiene a analizar la relación entre normas (entre el supuesto de hecho propio del tipo penal y el correspondiente a la norma sobre imprescriptibilidad), sino que se conforma con la verificación de que se trata de los mismos hechos: dado que los mismos eventos satisfacen, a la vez, los presupuestos del tipo penal y los de la norma sobre prescripción (imprescriptibilidad), entonces la aplicación de ambas normas al caso estaría justificada. En algunos fallos puede encontrarse una justificación adicional que sí se detiene a comparar las normas y que señala la existencia de cierta similitud en la descripción que dichas normas hacen de los presupuestos que determinan su aplicación. Esto es, se observa cierta semejanza entre el tipo penal y el supuesto de aplicación de la regla de imprescriptibilidad (crimen contra la humanidad). Como ejemplo puede citarse la discusión que tuvo lugar en el caso Arancibia Clavel acerca de si la asociación ilícita que se le imputaba, y por la que fue condenado, podía considerarse un crimen contra la humanidad y, por lo tanto, imprescriptible. (...) En otros casos se ha puesto de manifiesto la relación de género a especie existente entre algunas descripciones típicas de la legislación nacional y otras del DPI. En estos supuestos, en los que también existen coincidencias parciales entre los elementos que componen las descripciones normativas, se verifica además una relación de inclusión de la figura internacional en un tipo penal de la legislación nacional cuya descripción es más amplia y, por tanto, más abarcadora que la de la figura internacional. Sobre la base de esta última línea de argumentación —que puede ser utilizada como explicación de por qué sería razonable (no arbitrario) aplicar la norma sobre imprescriptibilidad en esos casos— puede intentarse algo más: establecer una relación entre los tipos penales nacionales y las figuras del DPI directamente en el plano de la tipicidad. Esto es, el argumento puede apuntar no sólo a justificar la razonabilidad del uso combinado de un tipo penal nacional con la regla internacional de la imprescriptibilidad, sino a justificar la articulación normativa entre dos tipos penales, uno internacional y otro nacional. Si se parte de la base de que el tipo penal nacional ya contiene la figura internacional (dado que abarca la conducta en ella prevista), entonces ese tipo y la pena que tiene asociada podrían ser empleados para subsumir y penar crímenes de derecho internacional.” (*Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 34-36).

⁶ *Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, op. cit., pp. 24-25.

descreve da seguinte forma a articulação normativa entre o direito interno e o direito internacional:

Las normas del derecho interno son utilizadas en el nivel de la tipicidad (por ejemplo, para encuadrar un hecho como homicidio) y para la selección de las sanciones, y las del derecho internacional para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad). Es decir, los tribunales efectúan una doble subsunción: una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las leyes internacionales.⁷

Na Argentina, o problema de articulação entre os direitos internacional e interno foi colocado pela primeira vez no julgamento da extradição do nazista Erich Priebke (1995), por crime de genocídio não tipificado no direito interno. A discussão específica dizia respeito ao requisito da dupla tipificação, exigido para a concessão da extradição. A questão, apontada pelo voto dissidente do Juiz Petracchi, é que o direito penal internacional não prevê sanção para o crime de genocídio e, no direito interno, as condutas passíveis de subsunção típica estavam prescritas. Já naquele julgamento, todavia, a maioria dos ministros da Corte privilegiou a aplicação das regras internacionais, ao argumentar que “la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del ius cogens del Derecho Internacional”⁸ e que “[n]o obsta a esta conclusión que la descripción típica contenida en los mentados instrumentos internacionales no establezca la naturaleza de la pena ni su monto pues su falta de determinación en los propios documentos responde a la modalidad de implementación que infracciones de contenido penal de esa naturaleza reconocen en ese ámbito, conforme al estado actual de las relaciones internacionales.” A corte argentina entendeu ainda que “la formulación del derecho internacional general establece, en la materia, una descripción suficientemente acabada de la conducta punible como así también que su configuración merece una sanción de contenido penal.”

A discussão foi retomada por aquele tribunal em 2003, no julgamento de um

⁷*Idem*, p. 444.

⁸Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina – CSJN. *Priebke, Erich s/ Solicitud de Extradición* – Causa n° 16.063/94 (j. 02.11.95).

recurso interposto pelo ex-presidente Jorge Videla⁹, ocasião em que se afirmou que:

[L]os hechos por los cuales Videla se encuentra hoy procesado eran crímenes tanto para el ordenamiento nacional como para el internacional. (...) Esta subsunción en tipos penales locales de ningún modo contraría ni elimina el carácter de crímenes contra la humanidad de las conductas en análisis (...) ni impide aplicarles las reglas y las consecuencias jurídicas que les caben por tratarse de crímenes contra el derecho de gentes. Como se ha dicho, la punibilidad de las conductas con base exclusiva en el derecho de gentes no es una exigencia del derecho penal internacional sino una regla que cobra sentido, más bien, en casos donde la ley penal de un estado no considera punibles a esas conductas. Cuando ese no sea el caso y los tipos penales vigentes en la ley local capten las conductas que son delictivas a la luz del derecho de gentes, lo natural es que los hechos se subsuman en esos tipos penales y se apliquen las penas que tienen previstas. (...).

Em 2005, no julgamento da constitucionalidade da lei anulatória das leis de Obediência Devida e Ponto Final (o caso *Simón*), o parecer do Procurador Geral da Nação descreve a articulação entre o direito interno e o internacional da seguinte forma:

“Se trata, simplemente, de reconocer que un delito de autor indistinto, como lo es el de privación ilegítima de la libertad, cuando es cometido por agentes del Estado o por personas que actúan con su autorización, apoyo o aquiescencia, y es seguida de la falta de información sobre el paradero de la víctima, presenta todos los elementos que caracterizan a una desaparición forzada. Esto significa que la desaparición forzada de personas, al menos en lo que respecta a la privación de la libertad que conlleva, ya se encuentra previsto en nuestra legislación interna como un caso específico del delito -más genérico- de los artículos 141... del Código Penal, que se le enrostra al imputado. Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional -que no prevé sanción alguna- con la pena prevista para otro delito de la legislación interna. Antes bien, se trata de reconocer la relación de concurso aparente en la que se hallan parcialmente ambas formulaciones delictivas, y el carácter de lesa humanidad que adquiere la privación ilegítima de la libertad -en sus diversos modos de comisión- cuando es realizada en condiciones tales que constituye,

⁹CSJN. *Videla, Jorge Rafael s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada* (j. 21.08.03).

además, una desaparición forzada.”

O método, assim, consistiria na identificação das condutas passíveis de subsunção típica (segundo o ordenamento interno vigente à época dos fatos) que, simultaneamente, são predicadas no direito internacional como crimes contra a humanidade. A qualificação da conduta como ofensa internacional volta-se diretamente contra a incidência de certas *causas de exclusão da punibilidade* (a prescrição e a anistia), e eventualmente também contra *causa de exclusão da antijuridicidade ou culpabilidade* (caso dos sentinelas do muro de Berlim, cuja condenação foi confirmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e pela Corte Européia de Direitos Humanos – Corte EDH¹⁰) e *contra a própria atipicidade formal da conduta* (a discussão sobre a ausência de tipificação, ao tempo da ação, do crime internacional de alistamento de crianças em conflitos armados, em *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*¹¹). Inversamente, como frisou a Corte Suprema argentina em duas ocasiões distintas (*Espósito*¹² e *René Derecho*¹³), as condutas atentatórias a direitos fundamentais que *não configuram* crimes contra a humanidade são *prescritíveis e passíveis de anistia*.

3. Adequação típica: quais condutas deverão ser objeto de investigação criminal?

Caso se resolva adotar, no cumprimento da sentença de *Gomes Lund*, o procedimento de dupla subsunção aplicado pela jurisdição interna de outros Estados do sistema americano, é preciso de início identificar *quais condutas típicas à época dos fatos constituíam, simultaneamente, crime internacional ou*, nos termos da decisão de 24 de novembro, “*graves violações de direitos humanos incompatíveis com a Convenção Americana*” sujeitas, *ipso facto* [segundo a Corte] ao regime internacional de imprescritibilidade e insuscetibilidade à anistia.

A sentença de *Gomes Lund* contem os seguintes provimentos dirigidos ao sistema de justiça criminal do Estado brasileiro: a) *tutela declaratória* - de eficácia retroativa e efeitos *erga omnes* - de invalidade dos dispositivos da Lei 6.683/79 que “impedem a investigação e sanção de *graves violações de direitos humanos...* incompatíveis com a Convenção Americana...”; b) *tutela mandamental*, consistente na determinação, através

¹⁰European Court of Human Rights – ECHR. *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*. Applications 34044/96, 35532/97 e 44801/98 (j. 22.03.01).

¹¹Special Court for Sierra Leone. Case n. SCSL-2004-14-AR72(E). Decision on Preliminary Motion Based on Lack of Jurisdiction, pars. 38 e 50 (j. 31.05.04).

¹²CSJN. *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal* (j. 23.12.04).

¹³CSJN. *Derecho, René Jesús, s/ incidente de prescripción de la acción penal* (j. 11.07.07).

da jurisdição não-militar, da responsabilidade penal “pelos *desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia e a execução de Maria Lúcia Petit da Silva*, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos (...), a fim de identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente”¹⁴.

A tutela declaratória (de efeitos *erga omnes*) não alcança *todas* as causas de extinção da punibilidade que possam vir a incidir sobre as “graves violações de direitos humanos” ocorridas em território brasileiro durante o regime militar, mas tão somente aquela prevista na primeira parte do art. 107, inciso II, do atual Código Penal, isto é, a anistia. A referência a outras hipóteses de exclusão da punibilidade estatal - “prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar” – é feita na tutela mandamental específica, dirigida à apuração do desaparecimento forçado e execução extrajudicial das vítimas indicadas nos parágrafos 251 e 252 da decisão. A jurisprudência da Corte IDH, contudo, desde *Barrios Altos v. Peru* (2001) é uniforme no sentido de afirmar que “*são inadmissíveis as disposições de anistia, prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis por graves violações de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias extralegais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados*, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos”¹⁵

No caso em análise, importa definir: a) quais condutas típicas alcançadas pela Lei de Anistia devem ser consideradas “graves violações de direitos humanos” para fins de determinar o (re)início da persecução penal; b) quais condutas típicas estão subsumidas nas categorias do direito internacional “desaparecimentos forçados” e “execução sumária” das vítimas.

Quanto ao primeiro ponto, convém notar que o termo “graves violações de direitos humanos” é plurívoco e reconhecidamente pouco operativo para a definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal¹⁶. É também fator de insegurança jurídica, uma

¹⁴Respectivamente os pontos 3 e 9 da sentença. O ponto 15 também contém tutela mandamental de natureza penal (consistente na adequada tipificação do crime de desaparecimento forçado), porém, dirigida primariamente aos Poderes Executivo e Legislativo, e não ao Judiciário ou ao Ministério Público.

¹⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 14.03.2001, § 41.

¹⁶Robert Alexy (*op. cit.*, p. 227) cita, a propósito, o argumento lançado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do recurso dos sentinelas do muro de Berlim (“Mauerschützen”), no qual se discutiu a aplicação dos princípios constitucionais da irretroatividade e da taxatividade em relação a homicídios cometidos durante o regime comunista: “fundamentar la evidencia de la violación jurídico-penal para los soldados sólo mediante la existencia ‘objetiva’ de una violación grave de los derechos humanos resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. La existencia objetiva de una violación grave de los derechos humanos no es suficiente. Adicionalmente, debería explicarse por qué el soldado individual, a la vista de su educación y su adoctrinamiento, así como de otras circunstancias, estaba en disposición de reconocer indubitadamente la violación jurídico-penal”.

vez que não fixa, com a certeza exigida pelos ordenamentos de tradição continental¹⁷, *quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais e, dentre estas, quais constituem violação de direitos humanos suficientemente grave para afastar a incidência da prescrição, anistia e outras causas de exclusão da punibilidade usualmente reconhecidas nesses ordenamentos*. O problema, observa Naomi Roht-Arriaza, é que “a linguagem usada em alguns casos... parece ignorar distinções e gradações, tanto em intensidade como em escopo, entre violações de direitos humanos. Assim, literalmente qualquer violação a direitos humanos reconhecida em tratado ou costume... estaria sujeita às obrigações de investigar, promover a ação penal e reparar o dano.”¹⁸

A decisão da Corte IDH no mencionado caso *Barrios Altos* (2001) completa a sentença de *Velásquez Rodríguez* (1988) na qual pela primeira vez aquele tribunal reconheceu o dever dos Estados-membros do sistema interamericano de investigar e punir graves violações a direitos humanos. Em ambos os casos, tratava-se de garantir a responsabilização de militares envolvidos na tortura e execução sumária de dissidentes políticos, e a Corte nitidamente optou por *não definir de forma taxativa* nem os crimes que merecem punição (pois o rol apresentado é exemplificativo¹⁹), nem as causas de exclusão da punibilidade inadmitidas pelo sistema. Em *Barrios Altos*, o critério para afastar as (aparentemente quaisquer, à exceção da morte do agente) causas de extinção da punibilidade parece ter sido apenas a *natureza não-derrogável* do direito humano violado²⁰.

Em *Prosecutor v. Tadić* (1995), o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

¹⁷Traduzida nos princípios *nullum crimen sine lege certa* e *sine lege scripta*. Cf. a propósito: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 22 (“O [princípio] *nullum crimen, nulla poena sine lege*... já foi objeto de muitas interpretações (...) cada uma delas desempenhando papel político de realce, antes que se chegasse à concepção atual, mais ou menos cristalizada na doutrina. Presentemente, essa concepção é obtida no quadro da denominada 'função de garantia da lei penal', que provoca o desdobramento do princípio em exame em quatro outros princípios, a saber: a) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*; b) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*; c) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*; d) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. *Lex praevia* significa proibição de edição de leis retroativas que fundamentem ou agravem a punibilidade. *Lex scripta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pelo direito consuetudinário. *Lex stricta*, a proibição da fundamentação ou do agravamento da punibilidade pela analogia (*analogia in malam partem*). *Lex certa*, a proibição de leis indeterminadas.”). No direito internacional, cf. SCHAACK, Beth Van e SLYE, Ronald C. *International Criminal Law and its Enforcement*. New York: Thomsom Reuters/Foundation Press, 2010, pp. 914-934 e BOOT, Machteld. *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*. School of Human Rights Research Series v. 12. Antwerpen: Intersentia, 2002.

¹⁸ ROTH-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 67.

¹⁹ A sentença de *Barrios Altos* refere-se a “(...) violaciones graves de los derechos humanos tales como (...)”.

²⁰Segundo a sentença da Corte IDH em *Barrios Altos*, são inadmissíveis medidas que impeçam a responsabilização em casos de tortura, desaparecimento forçado e execuções sumárias, pois tais atos ofendem “derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.” Na Convenção Americana de Direitos Humanos, a cláusula de inderrogabilidade está contida no art. 27.2., e inclui, dentre outros, os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, a proibição da escravidão, o princípio da irretroatividade da lei penal *in pejus*, a proteção da família, o direito ao nome e os direitos da criança. No Pacto de Direitos Civis e Políticos, a proibição de derogabilidade prevista no art. 4.1. inclui direitos amplamente reconhecidos como pertencentes ao *jus cogens* internacional – como a proibição da tortura e do genocídio – mas também abrange a proibição da prisão por dívidas, por exemplo (art. 11).

estabeleceu o seguinte *standard*, usualmente citado como critério definidor do que deve ser entendido como “grave ofensa” do ponto de vista do direito penal internacional: a) a violação deve constituir uma ofensa a uma regra de direito humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a um tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “séria”, isto é, ela deve constituir uma quebra da regra de proteção a valores importantes, e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, a responsabilidade criminal individual do agressor²¹.

A solução mais natural no direito penal internacional seria tratar a expressão “graves violações de direitos humanos” como sinônima de crimes contra a humanidade, modalidade delitiva internacional com maior densidade normativa do que a expressão usada pela Corte IDH. Ocorre que, em ao menos um caso anterior – *Bulacio v. Argentina* (2003)²² – a Corte afastou a aplicação da prescrição penal em processo que reconhecidamente *não tratava* de crime contra a humanidade. Isto porque, na perspectiva adotada pela Corte naquele e em todos demais casos que tratam do assunto (v.g. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*²³; *Villagrán Morales e outros vs. Guatemala*²⁴; *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*²⁵; *Goiburú e outros vs. Paraguai*²⁶; *Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*²⁷; *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*²⁸; *Rosendo Cantú e outra vs. México*²⁹; *Fernández Ortega e outro vs. México*³⁰; *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*³¹; *Radilla Pacheco vs. México*³²) o dever de investigar e sancionar violações de direitos humanos *independe* do caráter sistemático ou massivo das ofensas, uma vez que o fundamento desse

²¹ Appeals Chamber of the International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/a "Dule"* – Decision of the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, pars. 91-94 (j. 0210.95). No mesmo sentido, Antonio Cassese (*op. cit.*, pp. 11-13) anota que a categoria dos delitos internacionais pode ser definida pela conjunção dos seguintes elementos: a) as condutas importam na violação de *regras costumeiras internacionais* (assim como de *provisões de tratados*, quando estas provisões existam e estejam ou *positivadas ou afirmem um direito costumeiro ou tenham contribuído para a sua formação*); b) tais regras buscam proteger *valores tidos como importantes para toda a comunidade internacional e vinculantes para Estados e indivíduos*. Esses valores estão fundados em instrumentos internacionais; c) há um *interesse global na repressão a esses crimes*, inclusive por intermédio do reconhecimento do princípio da jurisdição universal; e d) o Estado não pode invocar imunidade de agentes políticos ou públicos contra a jurisdição civil ou criminal de outro Estado.

²² Corte IDH. *Bulacio vs. Argentina*. Sentença de 18 de setembro de 2003.

²³ Corte IDH. *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C No. 4, pars. 155 e 166.

²⁴ Corte IDH. *Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*, Sentença de 19 de novembro de 1999, pars. 225-226.

²⁵ Corte IDH. *Massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia*. Sentença de 31 de janeiro de 2006, par. 145.

²⁶ Corte IDH. *Goiburú e outros versus Paraguai*. Sentença de 22 de setembro de 2006, par. 84.

²⁷ Corte IDH. *Ticona Estrada e outros vs. Bolívia*, Sentença de 27 de novembro de 2008, par. 78.

²⁸ Corte IDH. *Chitay Nech e outros vs. Guatemala*. Sentença de 25 de maio de 2010, pars. 81, 87, 92 e 193.

²⁹ Corte IDH. *Rosendo Cantú e outra vs. México*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C No. 216, par. 175.

³⁰ Corte IDH. *Fernández Ortega e outro vs. México*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C No. 215, par. 191.

³¹ Corte IDH. *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Sentença de 1º de setembro de 2010. Série C No. 217, pars. 21, 59, 60, 65 e 197.

³² Corte IDH. *Radilla Pacheco vs. México*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C No. 209, par. 145.

dever está no direito correlato das vítimas à efetiva proteção dos direitos reconhecidos pelo sistema:

Esta Corte tem assinalado em diversas ocasiões que o Estado parte da Convenção Americana tem o dever de investigar as violações de direitos humanos e sancionar seus autores e a quem encubra ditas violações. E toda pessoa que se considere vítima destas ou mesmo seus familiares tem direito a buscar a justiça para conseguir que se cumpra, em seu benefício e no do conjunto da sociedade, esse dever do Estado.³³

Nessa perspectiva adotada pela Corte IDH, mesmo em Estados de Direito democráticos a prescrição penal pode se revelar como um verdadeiro “obstáculo de direito interno”³⁴ a ser removido sempre que se tratar da efetividade da persecução penal em casos de violação a direitos humanos, tal como decidido em *Bulacio*³⁵.

Vale registrar que, muito embora a Corte Suprema de Justiça da Argentina tenha acatado, por maioria de votos, a decisão da Corte IDH no caso *Bulacio*, seus ministros criticaram a “forte restrição dos direitos do imputado” que “... deriva de la inoponibilidad de la prescripción... en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutir[a].”³⁶ A maioria dos magistrados da Corte argentina ressaltou que não seria possível considerar que a conduta objeto do processo – a morte de um adolescente causada por agente policial – estava alcançada pelas regras de direito internacional em material de imprescritibilidade, uma vez que ela não se configura como crime contra a humanidade no direito penal internacional.³⁷ O mesmo entendimento foi aplicado em *René Derecho*, um caso de tortura policial cometido em 1988. Nesse caso, julgado em 2007, a Corte reconheceu a prescrição da ação, por julgar ausentes os dois elementos contextuais usualmente referidos como constituintes dos crimes

³³Corte IDH. *Bulacio vs. Argentina*, *supra cit.*

³⁴*Bulacio*, *supra cit.*

³⁵Para uma crítica acadêmica da posição adotada pela Corte IDH em *Bulacio*, cf. SOROCHINSKY, Mykola. “Prosecuting Tortures, Protecting ‘Child Molesters’: Towards a Power Balance Model of Criminal Process for International Human Rights Law”, 31 Mich. J. Int’l L. 157, 181-2 (2009).

³⁶CSJN. *Espósito*, *supra cit.*

³⁷Segundo a Corte Suprema argentina, “esta es (...) la única interpretación que se concilia con la concepción propia del derecho internacional en materia de prescripción”, pois, “(d)e conformidad con el derecho internacional no prescribirán las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que sean crímenes de derecho internacional... La prescripción de otras violaciones... no debería limitar indebidamente, procesalmente o de cualquier forma, la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recursos efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (...). Es decir, sólo pueden considerarse imprescriptibles aquellos delitos a los que se refiere la “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad.” (Espósito, *supra citado*).

contra a humanidade, i.e., a natureza sistemática ou generalizada do ataque e a conexão do fato a uma política de Estado ou de uma organização, dirigida contra um grupo de pessoas³⁸.

No Peru, em 2008, dois magistrados do Tribunal Constitucional adotaram a posição extensiva da Corte IDH, no julgamento de recurso³⁹ em caso bastante similar à execução sumária dos presos do Carandiru, em São Paulo, em 1992. Também lá a discussão referia-se à não configuração dos fatos como crimes contra a humanidade, e diversamente da maioria dos ministros da Corte, que optaram por evitar a discussão de mérito, os magistrados Callirgos e Cruz sustentaram a tese de que “toda grave violação de direitos humanos resulta imprescritível”, sublinhando que “[e]sta es una interpretación que deriva, fundamentalmente, de la fuerza vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la interpretación que de ella realiza la Corte IDH, las cuales son obligatorias para todo poder público, de conformidad con la (...) Constitución”.

Em síntese: à tendência de restringir o alcance da expressão “graves violações de direitos humanos” às categorias do direito penal internacional contrapõe-se a interpretação extensiva da Corte IDH (adotada como fundamento em decisão do Tribunal Constitucional peruano) consistente em afirmar que a persecução penal de virtualmente *todas* as graves violações a direitos humanos declarados na Convenção Americana integra o direito das vítimas à efetiva proteção do Estado.

Assim, dependendo da opção do intérprete, há duas respostas possíveis para a questão discutida neste tópico: a) apenas as condutas típicas que possam ser qualificadas como “crimes internacionais” ou especificamente “crimes contra a humanidade” estão abrangidas pela decretação de nulidade da Lei de Anistia; todas as demais permanecem intactas; b) quaisquer condutas típicas abrangidas pela Lei 6.683/79 que possam ser qualificadas como “graves violações” a direitos declarados na CADH estão sujeitas a investigação e eventual aplicação de sanção penal. Nesse último caso, seria necessário estabelecer previamente *standards*⁴⁰ para orientar a seleção das condutas típicas que constitui-

³⁸CSJN. *Derecho, René Jesús, s/*incidente de prescripción de la acción penal, supra citado. O parecer do Procurador Geral da Nação, adotado pela maioria dos magistrados como razão da decisão, ressalta que: “El deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos no puede constituir fundamento autónomo suficiente para proseguir el ejercicio de una acción penal que ha sido declarada extinguida cuando el hecho investigado no es un delito imprescriptible.”

³⁹Tribunal Constitucional del Perú. *Caso Teodorico Bernabé Montoya*. Expediente n.º. 03173-2008-PHC/TC, 11 de diciembre de 2008. Resolución del Tribunal, voto singular de los Magistrados Beaumont Callirgos y Eto Cruz.

⁴⁰No documento “Definition of Gross and Large-Scale Violations of Human Rights as an International Crime” (disponível em [http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/\(Symbol\)/E.CN.4.Sub.2.1993.10*.En?Opendocument](http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/(Symbol)/E.CN.4.Sub.2.1993.10*.En?Opendocument)), por exemplo, a Comissão de DH das Nações Unidas sugere dois parâmetros: a) a gravidade e a escala das violações; b) o cometimento das violações como resultado de ordem, instigação, aprovação ou conivência de agentes estatais. A opinião do documento é o de que violações sistemáticas, mesmo que contra apenas um indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, também devem ser consideradas graves, para o fim de obrigar os Estados a investigar e sancionar criminalmente seus autores. Roth-Arriaza (*Impunity and Human Rights in International Law and Practice, op. cit.*)

ção objeto de investigações, em homenagem aos princípios da impessoalidade administrativa e da imparcialidade.

3.1. A qualificação das condutas cometidas por agentes da repressão como crimes contra a humanidade.

A CIDH na demanda apresentada à Corte explicitamente qualificou os fatos denunciados como crimes contra a humanidade consistentes na “execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva e da detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado dos membros do Partido Comunista do Brasil e dos moradores da região listados como vítimas desaparecidas na demanda”⁴¹.

O Estado brasileiro, por sua vez, contestou a aplicação da doutrina de crimes contra a humanidade com fundamento nos princípios da legalidade e anterioridade da lei penal. Objetou, especificamente, que para que o costume internacional possa criar um tipo penal “seria necessário que estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974)”, e que a “universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o [...] Estatuto de Roma [do Tribunal Penal Internacional], em 1998”.⁴²

A sentença da Corte, como já mencionado, evitou qualificar os fatos como “crimes contra a humanidade”, referindo-se, em vez, à expressão genérica “graves violações a direitos humanos”. A subsunção dos fatos à categoria do direito penal internacional foi feita apenas pelo Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas, cujo voto concorrente faz referência aos crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia como “exemplos acabados de crime lesa-humanidade”.⁴³

A discussão a respeito da subsunção das condutas levadas à Corte à categoria de “crimes contra a humanidade” não é meramente acadêmica, pois repercute diretamente no tipo de resposta jurídica exigida do Estado brasileiro. Com efeito, se o dever do Estado perante a comunidade internacional é o de reprimir “crimes contra a humanidade”, será

sugere a adoção de um critério fundado na gradação da ofensa (“sliding scale approach”), segundo o qual apenas um pequeno número de violações de direitos humanos definidas em cláusulas não derogáveis de instrumentos internacionais e/ou relacionadas à ofensa à integridade física da vítima justificariam a responsabilização penal de seus autores. Violações menores a direitos humanos, inversamente, não impõem aos Estados deveres positivos em matéria criminal.

⁴¹CIDH. Demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso 11.552 - *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra a República Federativa do Brasil*.

⁴²Corte IDH. *Gomes Lund v. Brasil*, *supra*, par. 84.

⁴³Voto fundamentado do Juiz *Ad Hoc* Roberto de Figueiredo Caldas com relação à sentença da Corte IDH em *Gomes Lund e outros v. Brasil*, *supra* citada.

preciso definir: a) se, como objetou o Brasil, à época dos fatos a categoria “crimes contra a humanidade” e as condutas “prisão arbitrária”, “desaparecimento forçado”, “tortura” e “execução sumária extrajudicial” estavam suficientemente definidas no direito internacional e no direito interno como atos antijurídicos culpáveis em relação aos quais o Estado brasileiro se obrigou a punir; b) se o direito interno previa sanção penal específica para as condutas em questão; c) se estão presentes, no caso específico, os requisitos necessários à qualificação das condutas atribuídas aos agentes como “crimes contra a humanidade”, à luz do direito internacional.

Como mencionado, partindo-se da premissa de que há relação de equivalência entre os termos “graves violações a direitos humanos” e “crimes contra a humanidade”, a definição das condutas puníveis deve considerar o alcance do princípio da legalidade em matéria penal, previsto não só na Constituição brasileira, como também no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também na própria Convenção Americana⁴⁴. O risco mais evidente é de se incorrer no que Robert Alexy chamou de “retroatividade encoberta por via de manobra interpretativa *a posteriori*”⁴⁵, seja em relação aos elementos definidores do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), seja em relação às condições de punibilidade. Esse problema está tratado adiante, no tópico 4, *infra*.

3.1.1. Uso da expressão “crimes contra a humanidade” no direito internacional.

O primeiro registro da expressão “crimes contra a humanidade” no direito internacional é uma declaração conjunta dos governos francês, russo e britânico, de 1915, condenando a Turquia pelo extermínio da população armênia, ato qualificado no documento como “crime contra a humanidade e a civilização”⁴⁶.

No direito penal internacional, a introdução da expressão é consensualmente

⁴⁴O artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que “ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.”

⁴⁵ALEXY, *op. cit.*, p. 202 (“Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa *a posteriori* (*nachträgliche Uminterpretation*), en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta. Se vadean así los auténticos problemas, y los costes jurídicos que uno debe pagar si quiere penar hoy a los centinelas del muro apenas se perciben. La base jurídico-teórica de esta errónea interpretación es una imagen equivocada de lo que sea el derecho positivo. Y es que al derecho positivo pertenece no sólo el correspondiente tenor literal de las normas, sino también, y esencialmente, la correspondiente práctica interpretativa. Justamente en esta práctica ampara el Tribunal Supremo Federal su tesis de que el hecho sí estaba justificado según el entonces vigente derecho de la RDA”).

⁴⁶A redação original da declaração, apresentada pelo Ministro de Relações Exteriores da Rússia, referia-se a “crimes contra a cristandade e a civilização”, mas foi substituída porque o Ministro francês, que temia que a população muçulmana dos países colonizados pela França reagisse contra a exclusão. Cf. CASSESSE, *op. cit.*, p. 101-102.

atribuída aos julgamentos de Nuremberg, em 1945⁴⁷. Na Carta do Tribunal Militar Internacional instituído naquele ano, os crimes contra a humanidade são definidos como “assassinatos, extermínios, escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra quaisquer populações civis, *antes ou durante a guerra*, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com quaisquer crimes dentro da jurisdição do Tribunal”, isto é, “crimes contra a paz” ou “crimes de guerra”.

Há também razoável grau de consenso em relação à substituição do elemento contextual “grave conflito armado” pela referência a “ataque generalizado ou sistemático contra uma população”. O dissenso refere-se ao *momento histórico* em que o direito internacional cogente incorporou essa substituição, pois ele define o tratamento a ser dado pelos sistemas estatais de justiça criminal às violações de direitos humanos ocorridas em seus territórios.

Uma posição mais restritiva, tal como a adotada pelo governo brasileiro perante a Corte IDH no caso *Gomes Lund*, tende a considerar que a estabilização do uso da expressão “crimes contra a humanidade” no direito internacional ocorreu somente a partir do Estatuto de Roma, de 2002. Os argumentos essenciais apresentados pelos defensores dessa posição são que o sistema de justiça não pode “compactuar com uma desmedida frouxidão conceitual”⁴⁸ sob pena de ofensa à garantia da taxatividade penal, e que os documentos internacionais anteriores não deixavam suficientemente clara a incidência da qualificação para fatos não conexos às tradicionais categorias de crimes de guerra e contra a paz.

Como registra Cassesse, após 1945 o vínculo entre crimes contra a humanidade e guerra foi *gradualmente abandonado*⁴⁹. No mesmo sentido, Cryer e outros observam que as convenções internacionais posteriores à Segunda Guerra revelam que o nexos não é exigido:

“Atualmente está bem estabelecido que o nexos com um conflito armado não é exigido. A maioria dos instrumentos e precedentes se opõem a essa exigência. A limitação na Carta de Nuremberg é geralmente vista como uma limitação jurisdicional, apenas. (...) Esta perspectiva é também defendida pelas

⁴⁷Cf. CASSESSE, *op. cit.*, p. 105 (“A number of courts have explicitly or implicitly held by that Article 6(c) of the London Agreement simply crystalized or codified a nascent rule of general international Law prohibiting crimes against humanity. It seems more correct to contend that that provision constituted *new* Law. This explains bot limitations to which the new notion was subjected (and to which referente has already been made above) and the extreme caution and indeed reticence of the IMT in applying the notion.”)

⁴⁸Ministério Público Federal/Procuradoria da República do Estado de São Paulo. Promoção de Arquivamento das Peças de informação 1.34.001.003312/2008-97 (04.09.2008). Disponível em: http://www.prr3.mpf.gov.br/component/option.com_repositorio/Itemid.68/func_select/id.146/.

⁴⁹CASSESSE, *op. cit.*, p. 108.

jurisprudências nacionais, organizações internacionais de especialistas, e opiniões de comentaristas. Nenhuma exigência de conflito armado tem aparecido em definições posteriores [a Nuremberg] de crimes contra a humanidade.”⁵⁰

Os documentos internacionais *anteriores* à repressão estatal à Guerrilha do Araguaia (1972-1975) que registram esse desenvolvimento são: Carta do Tribunal Militar Internacional (1945)⁵¹; Lei do Conselho de Controle No. 10 (1945)⁵²; Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950)⁵³; Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU (1954)⁵⁴; Resolução n.º 2184 (Assembléia

⁵⁰CRYER, Robert e outros. *An Introduction to International Law and Procedure*. Cambridge: University Press, 2010, p. 235.

⁵¹*Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal*. Londres, 08.08.1945. Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/350?OpenDocument>. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade “namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”

⁵²Nuremberg Trials Final Report Appendix D, Control Council Law n. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, art. II. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Segundo o relatório: “Each of the following acts is recognized as a crime (...): Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”.

⁵³Texto adotado pela Comissão de Direito Internacional e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas como parte do relatório da Comissão. O relatório foi publicado no *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, v. II e está disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. (“The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: (...); (b) War crimes: (...); (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or *in connection with any crime against peace or any war crime*. The Tribunal did not, however, thereby exclude the possibility that crimes against humanity might be committed also before a war. In its definition of crimes against humanity the Commission has omitted the phrase “before or during the war” contained in article 6 (c) of the Charter of the Nuremberg Tribunal because this phrase referred to a particular war, the war of 1939. *The omission of the phrase does not mean that the Commission considers that crimes against humanity can be committed only during a war. On the contrary, the Commission is of the opinion that such crimes may take place also before a war in connexion with crimes against peace*. In accordance with article 6 (c) of the Charter, the above formulation characterizes as crimes against his own population”). O histórico completo dos trabalhos da Comissão está registrado no link: http://untreaty.un.org/ilc/guide/7_3.htm. Sobre o assunto, observa Antonio Cassese (*supra* citado) que o vínculo entre crimes contra a humanidade e os crimes contra a guerra e contra a paz somente foi formalmente suprimido no anteprojeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, em 1996 (“It is interesting to note that the link between crimes against humanity and crimes against peace and war crimes was later deleted by the Commission when it adopted the draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996”).

⁵⁴Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf. (“The text previously adopted by the Commission (...) corresponded in substance to article 6, paragraph (c), of the Charter of the International Military Tribunal at Nurnberg. It was, however, *wider in scope* than the said paragraph in two respects: it prohibited also inhuman acts committed on cultural grounds and, furthermore, *it characterized as crimes under international law not only inhuman acts committed in connexion with crimes against peace or war crimes, as defined in that Charter, but also such acts committed in connexion with all other offences defined in article 2 of the draft Code*. The Commission decided to enlarge the scope of the paragraph so as to make the punishment of the acts enumerated in the paragraph independent of whether or not they are committed in connexion with other offences defined in the draft Code. On the other hand, in order not to characterize any inhuman act committed by a private individual as an international crime, it was found necessary to

Geral da ONU, 1966)⁵⁵; Resolução n.º 2202 (Assembléia Geral da ONU, 1966)⁵⁶ e os Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de Guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074, da Assembléia Geral das Nações Unidas, 1973)⁵⁷. Na Convenção das Nações Unidas sobre a Não-Aplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1969)⁵⁸, a imprescritibilidade convencional se estende aos “crimes contra a humanidade, cometidos *em tempo de guerra ou em tempo de paz* e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções n.º 3 e 95 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946”. Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da década de 1950, e das resoluções da Assembléia Geral da organização, em meados dos anos 60, a nítida intenção de se prescindir do elemento contextual “guerra” na definição dos crimes contra a humanidade.

É, porém, sem dúvida na jurisprudência internacional pós-Guerra Fria⁵⁹ que a doutrina sobre essa categoria de crimes encontrou seu maior desenvolvimento. No sistema global, as decisões dos tribunais penais para a ex-Iugoslávia (1993) e Ruanda (1994) contribuíram para o aprofundamento das discussões a respeito da aplicação das garantias da legalidade e irretroatividade da lei penal em crimes internacionais, bem como para a definição de critérios objetivos a respeito de quais violações a direitos humanos constituem crimes contra a humanidade. No sistema americano, a jurisprudência da Corte IDH e os relatórios e recomendações da CIDH estão fortemente voltados a remover os obstáculos legais à investigação e punição dos desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias cometidos pelos governos autoritários

provide that such an act constitutes an international crime only if committed by the private individual at the instigation or with the toleration of the authorities of a State.”)

⁵⁵Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 3º da Resolução condena, “como crime contra a humanidade, a política colonial do governo português”, a qual “viola os direitos políticos e econômicos da população nativa em razão do assentamento de imigrantes estrangeiros nos territórios e da exportação de trabalhadores africanos para a África do Sul”.

⁵⁶Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 1º da Resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como “crime contra a humanidade”.

⁵⁷ONU. *Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas culpadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade*. Adotados pela Resolução 3074 da Assembléia Geral em 03.12.1973 (“War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment...”). Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>.

⁵⁸Adotada pela Assembléia Geral da ONU através da Resolução 2391 (XXIII), de 26.11.1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11.11.70.

⁵⁹Cf. ROHT-ARRIAZA, Naomi. *State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law*, 78 Cal. L. Rev. 449, 480 (1990).

implantados no continente. Na jurisprudência de ambos os sistemas⁶⁰, assim como no direito comparado⁶¹ dos Estados latinoamericanos, há a ênfase na *origem costumeira* (não-contratual) e na *natureza cogente da punição* dos crimes contra a humanidade. O entendimento amplamente majoritário *não exige* o vínculo da conduta a um conflito armado, mas tende a adotar a restrição contida no art. 7(1) do Estatuto de Roma, ou seja, a conduta deve estar inserida “no *quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil*, havendo conhecimento desse ataque.”⁶²

Uma das principais consequências extraídas da subsunção de uma conduta à

⁶⁰Cf. Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. Caso *Prosecutor v. Tadic*, 1995 (“The nexus in the Nuremberg Charter between crimes against humanity and the other two categories, crimes against peace and war crimes, was peculiar to the context of the Nuremberg Tribunal established specifically for the just and prompt trial and punishment of the major war criminals of the European Axis countries. (...) [T]hat no nexus is required in customary international law between crimes against humanity and crimes against peace or war crimes is strongly evidenced by subsequent case law. The military tribunal established under Control Council Law No. 10 stated in the *Einsatzgruppen* case that: Crimes against humanity are acts committed in the course of wholesale and systematic violation of life and liberty . . . The International Military Tribunal, operating under the London Charter, declared that the Charter's provisions limited the Tribunal to consider only those crimes against humanity which were committed in the execution of or in connection with crimes against peace and war crimes. The Allied Control Council, in its Law No. 10, removed this limitation so that the present Tribunal has jurisdiction to try all crimes against humanity as long known and understood under the general principles of criminal law.”). Cf. tb. Corte IDH. Caso *Almonacid-Arellanos*, 2006 (“98. La prohibición de crímenes contra la humanidad, incluido el asesinato, fue además corroborada por las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 la Asamblea General confirmó “los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y las sentencias de dicho Tribunal”. Asimismo, en 1947 la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional que “formul[ara] los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg”. Estos principios fueron adoptados en 1950. (...) De igual forma, la Corte resalta que el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949, de los cuales Chile es parte desde 1950, también prohíbe el “homicidio en todas sus formas” de personas que no participan directamente en las hostilidades. (...) 99. Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.”).

⁶¹Cf. dentre outros: Corte Constitucional da Colômbia. *Controle de Constitucionalidade do Tratado de Roma, 2002*; CSJN. *Videla, supra citado*; CSJN. *Arancibia Clavel, supra citado, voto do Juiz Maqueda*; CSJN. *Simon, supra citado*; CSJN. *Mazzeo, supra citado*. Em sentido contrário, sustentando que o direito costumeiro cogente à época dos fatos não incluía crimes contra a humanidade, cf. o voto divergente do Juiz Fayat, em *Mazzeo, supra citado* (“Aun admitiendo, por vía de hipótesis, que en la Constitución Nacional hubiera una consagración positiva del Derecho de Gentes, esto nada indica acerca del carácter *ius cogens* de una norma.”).

⁶²Cf. TPII. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, *supra citado* (“a single act committed by a perpetrator within a context of a generalized or systematic attack against the civil population brings about individual criminal liability, and it is not necessary for the perpetrator to commit numerous offenses in order to be considered responsible.”); TPII. *Prosecutor v. Blaskic* (“... there can be no doubt that inhumane acts constituting a crime against humanity must be part of a systematic or widespread attack against civilians. (...) The systematic character refers to four elements which for the purposes of this case may be expressed as follows: a) the existence of a political objective, a plan pursuant to which the attack is perpetrated or an ideology, in the broad sense of the word, that is, to destroy, persecute or weaken a community; b) the perpetration of a criminal act on a very large scale against a group of civilians or the repeated and continuous commission of inhumane acts linked to one another; c) the preparation and use of significant public or private resources, whether military or other³⁸¹; d) the implication of high-level political and/or military authorities in the definition and establishment of the methodical plan.”). No direito comparado, cf. CSJN. *Simón, supra citado* (“[I]os hechos ilícitos investigados en la presente deben ser considerados crímenes contra la humanidad por las características con las que fueron llevados a cabo y por el conjunto de bienes jurídicos que afectaron. Estos hechos formaron parte de un ataque sistemático y generalizado contra una población civil y sus ejecutores tenían conocimiento de que se estaba llevando adelante dicho ataque.”). Cf. también CSJN. *René Derecho, supra citado* (“Para que un hecho pueda ser considerado delito de lesa humanidad, el ataque debe haber sido llevado a cabo de conformidad con la política de un estado o de una organización. (...) El llamado “policy element”, sirve para excluir del tipo penal de los crímenes de lesa humanidad hechos aislados, no coordinados y aleatorios y configura el elemento propiamente internacional de esta categoría de

categoría dos crimes contra a humanidade, como já mencionado, é a proibição da incidência da prescrição penal. Na Convenção sobre a Não-Aplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1969) e no Estatuto de Roma (2002) os crimes contra a humanidade são absolutamente imprescritíveis. As duas Convenções sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Declaração⁶³ da Assembléa Geral da ONU sobre o assunto, porém, autorizam o reconhecimento da prescrição pelo prazo máximo previsto no direito interno de cada Estado (Convenção Interamericana⁶⁴) ou por uma duração proporcional à gravidade do delito internacional (Convenção da ONU⁶⁵). Há, assim, uma evidente antinomia no sistema internacional de proteção a direitos humanos, valendo registrar, contudo, que a maioria das sentenças analisadas de casos similares ao do Brasil⁶⁶ não admitiram exceções à imprescritibilidade.

crímenes”). Em René Derecho, a Corte Suprema argentina adotou posição crítica em relação à jurisprudência da Corte IDH, embora não tenha se negado a cumpri-la no julgamento do caso Espósito, já citado: “*Lo que falta es un criterio de distinción, una teoría, que marque con un criterio general los casos en los que un asesinato, por ejemplo, no es sólo la lesión a un ser humano sino una lesión a toda la humanidad.* A pesar de la abundancia de literatura explicativa y de difusión sobre el tema, no son muchos los intentos realmente dogmáticos de encontrar un criterio de distinción, o si se prefiere expresarlo con un lenguaje más tradicional, de determinar cuál es la esencia del bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad.” Uno de esos intentos ha consistido en sostener que el propósito de los crímenes contra la humanidad es proteger la característica propiamente humana de ser un “animal político”, es decir, de agruparse y formar organizaciones políticas necesarias para la vida social. (...) El criterio de distinción entonces radicaría no en la naturaleza de cada acto individual (es decir, por ejemplo, cada homicidio) sino en su pertenencia a un contexto específico: “El alto grado de depravación, por sí mismo, no distingue a los crímenes de lesa humanidad de los hechos más crueles que los sistemas locales criminalizan. Más bien, lo que distingue a los crímenes de lesa humanidad radica en que son atrocidades cometidas por los gobiernos u organizaciones cuasi gubernamentales en contra de grupos civiles que están bajo su jurisdicción y control” (...). Con ello aparece dada una característica general que proporciona un primer acercamiento para dilucidar si determinado delito es también un crimen de lesa humanidad. Se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental. No Chile, a solução encontrada foi a de fundar a persecução penal dos crimes cometidos pelo regime militar nas Convenções de Genebra, a partir da subsunção dos episódios que se seguiram ao golpe de 1973 como “conflito armado sem caráter internacional”. Cf, a propósito, a sentença da Corte de Apelações de Santiago, no caso *Vila Grimaldi/Ocho de Valparaíso* (2010)

⁶³Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, adotada pela Assembléa Geral da ONU através da Resolução 47/133 de 18.12.1992 (“3. Em existindo prescrição, a relativa a atos de desaparecimento forçado deverá ser de longo prazo e proporcional à extrema gravidade do delito”).

⁶⁴Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (2004).

⁶⁵Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006).

⁶⁶Cf., por exemplo: CSJN. *Videla*, supra citado (“[E]s necesario (...) reiterar (...) que es ya doctrina pacífica de esta Cámara la afirmación de que los crímenes contra la humanidad no están sujetos a plazo alguno de prescripción conforme la directa vigencia en nuestro sistema jurídico de las normas que el derecho de gentes ha elaborado en torno a dichos crímenes que nuestro sistema jurídico recepta directamente a través del art. 118 Constitución Nacional”); *Arancibia Clavel*, supra citado (“Dejando a un lado la discusión acerca de si el instituto de la prescripción de la acción tiene naturaleza eminentemente procesal o material, lo decisivo es que el Estado, al prorrogar los plazos de prescripción amplía su competencia para punir con posterioridad a la comisión de los hechos”); *Mazzeo*, supra citado (“Que lo cierto es que los delitos que implican una violación de los más elementales principios de convivencia humana civilizada, quedan inmunizados de decisiones discrecionales de cualquiera de los poderes del Estado que diluyan los efectivos remedios de los que debe disponer el Estado para obtener el castigo... [R]esulta inocuo para la resolución del caso que hoy esta Corte entre a analizar si la facultad de indultar prevista en el art. 99 de la Constitución Nacional abarca a los procesados o no, o si tiene características similares a la amnistía o no, pues en definitiva dicha potestad del Poder Ejecutivo, así como las amnistías, quedan reservadas para delitos de distinta naturaleza que los que se investigan en el sub lite. Essa característica essencial do crime contra a humanidade foi afirmada pela Assembléa Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973”). No Chile, no citado caso *Vila Grimaldi/Ocho de Valparaíso*, a Corte de Apelações de Santiago igualmente afastou a ocorrência da prescrição: “[P]rocede agregar que la prescripción, como se ha dicho, ha sido establecida más que por razones dogmáticas por criterios políticos, como una forma de alcanzar la

3.2. A qualificação dos fatos como desaparecimento forçado de pessoas e como homicídio.

Como já mencionado, o uso da expressão “desaparecimento forçado de pessoas” difundiu-se internacionalmente a partir dos milhares de casos de seqüestro, assassinato e ocultação dos cadáveres de militantes políticos contrários aos regimes ditatoriais instalados na América Latina. Um dos primeiros registros internacionais do termo está na Resolução 33/173, da Assembléia Geral das Nações Unidas⁶⁷ (1978). A Resolução, *editada um ano antes da lei brasileira de anistia*, convoca os Estados a: a) dedicar os recursos apropriados à busca das pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções, e especialmente pelos abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento sejam totalmente respeitadas.

A partir de 1992, foram produzidos os seguintes documentos internacionais relevantes sobre o assunto: Declaração para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado (Assembléia Geral da ONU, 1992); Declaração e Programa de Ação de Viena (1993); Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (OEA, 1994); Estatuto de Roma (2002); Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (ONU, 2006). A propósito, Cassesse nota que o Estatuto de Roma “*não codificou um costume jurídico existente, mas contribuiu para a cristalização de uma regra nascente, originada primariamente fora do direito dos tratados..., a partir da jurisprudência da CIDH e da Corte*

paz social y la seguridad jurídica. Pero, en el Derecho Internacional Penal, se ha estimado que esta paz social y esta seguridad jurídica son más fácilmente alcanzables si se prescinde de la prescripción, cuando menos respecto de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad.” No Peru, no julgamento do já citado caso Montoya, o Tribunal Constitucional alinou-se com o conceito de “graves violações a direitos humanos” e estendeu sobre elas o manto da imprescritibilidade: “Es así que, con razón justificada y suficiente, ante los crímenes de lesa humanidad se ha configurado un Derecho Penal *más allá del tiempo y del espacio*. En efecto, se trata de crímenes que deben encontrarse sometidos a una estructura persecutoria y condenatoria que guarde una línea de proporcionalidad con la gravedad del daño generado a una suma de bienes jurídicos de singular importancia para la humanidad *in toto*. Y por ello se trata de crímenes *imprescriptibles* y sometidos al principio de *jurisdicción universal*. (...) Si bien es cierto que los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, ello no significa que sólo esta clase de grave violación de los derechos humanos lo sea, pues, bien entendidas las cosas, *toda grave violación de los derechos humanos resulta imprescriptible*. Esta es una interpretación que deriva, fundamentalmente, de la fuerza vinculante de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de la interpretación que de ella realiza la Corte IDH, las cuales son obligatorias para todo poder público, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del TP del CPConst.”.

⁶⁷Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r173.pdf>

IDH e também de Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas". Tais fontes, segundo esse autor, são responsáveis pela "formação gradual de uma regra costumeira proibindo o desaparecimento forçado de pessoas. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional tem sustentado e se apóia em provisão escrita de criminalização dessa conduta."⁶⁸.

Segundo Camila Akemi Perruso, até 30 de janeiro de 2010 a Corte IDH havia julgado 24 casos contenciosos envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas⁶⁹. O caso inicial foi o já citado *Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Outros julgados frequentemente mencionados são: *Blake v. Guatemala*, *Trujillo Oroza v. Bolívia*, *Durand e Ugarte v. Peru*, *Bamaca Velásquez v. Guatemala*, *Irmãs Serrano Cruz v. El Salvador*, *Massacre de Mapiripán v. Colômbia* e *La Cantuta v. Peru*. As cortes constitucionais da Argentina (caso Arancibia Clavel, 2004⁷⁰) e Peru (caso Gabriel Orlando Vera Navarrete, 2004⁷¹) reconhecem o caráter de *lesa-humanidade* da conduta, extraíndo dessa conclusão os efeitos jurídicos-penais dela decorrentes.

A jurisprudência consolidada da Corte IDH define o desaparecimento forçado de pessoas como "uma violação múltipla e continuada de inúmeros direitos reconhecidos na Convenção":

O *seqüestro* da pessoa é um caso de privação arbitrária da liberdade que compromete, adicionalmente, o direito da pessoa detida de ser conduzida sem demora à presença de um juiz e a impetrar os recursos adequados para controlar a legalidade de sua detenção (...). Além disso, o *confinamento prolongado e a incomunicação coativa* a que se vê submetida a vítima representam, por si

⁶⁸*Op. cit.*, p. 113 ("... it may noted that with respect to this crime the ICC Statute has not codified existing customary Law but contributed to the crystallization of a nascent rule, evolved primarily out of treaty Law (that is, the numerous treaties on human rights prohibiting various acts falling under this heading), as well as the case Law of the Inter-American Commission and Court of Human Rights, in addition to a number of UN General Assembly Resolutions. These various strands have been instrumental in the gradual formation of a customary rule prohibiting enforced disappearance of persons. The ICC Statute has upheld and laid down in a written provision of the criminalization of this conduct.").

⁶⁹PERRUSO, Camila Akemi. *O Desaparecimento Forçado de Pessoas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

⁷⁰"La ratificación en años recientes de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas por parte de nuestro país sólo ha significado la reafirmación por vía convencional del carácter de lesa humanidad postulado desde antes para esa práctica estatal, puesto que la evolución del derecho internacional a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que para la época de los hechos imputados el derecho internacional de los derechos humanos condenaba ya la desaparición forzada de personas como crimen de lesa humanidad."

⁷¹Tribunal Constitucional. Sentencia Exp. n.º 2798-04-HC/TC - Gabriel Orlando Vera Navarrete ("26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como "la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado").

mesmos, formas de tratamento cruel e desumano, lesivas da [integridade] psíquica e moral da pessoa e do direito de toda pessoa privada de liberdade ao respeito devido à dignidade inerente ao ser humano (...). Além do que (...) tal prática inclui o trato desumano aos presos, os quais se vêem submetidos a todo tipo de vexames, torturas e outros tratos cruéis, desumanos e degradantes, também em violação ao direito à integridade física (...). A prática dos desaparecimentos, enfim, tem implicado com freqüência na execução dos presos, em segredo e sem submetê-los a julgamento, seguida da ocultação do cadáver com o objetivo de apagar todos os vestígios materiais do crime e buscar a impunidade daqueles que o cometeram...⁷²

O caráter *permanente* do desaparecimento forçado é enfatizado tanto nos tratados quanto na jurisprudência internacional e comparada⁷³. A qualificação dos fatos como permanentes serve tanto para firmar a competência da Corte IDH (como se depreende dos parágrafos 16 e 17 da da sentença de 24 de novembro de 2010) como para reforçar o argumento de que os fatos não estão prescritos. Todavia, nos ordenamentos que *não possuem* tipo específico que contemple todas as violações a bens jurídicos acima indicadas – caso da maioria dos países do continente⁷⁴, inclusive o Brasil – a transposição das conclusões da Corte para os tipos penais existentes no direito interno não é automática, como aliás ilustra o pedido de arquivamento das investigações do desaparecimento do militante Flávio Molina: Molina desapareceu em novembro de 1971 e foi oficialmente reconhecido como morto em 1981, mas seus restos mortais somente foram identificados em 2005. A Procuradora da República que requereu o arquivamento do caso argumentou que o crime de sequestro (art. 148 do CP) é, de fato, permanente, mas a redação do tipo (“privar alguém de sua liberdade”) define a cessação do delito não apenas quando a vítima é libertada, mas também quando, em razão de progressão criminosa, o agente mata o sequestrado. O argumento é que o bem jurídico tutelado pelo art. 148 do Código Penal foi extinto no instante em que seu titular pereceu, pouco

⁷²Corte IDH. *Velásquez Rodríguez, supra cit.*

⁷³Cf. Corte IDH. *Trujillo Oroza vs. Bolívia (2002)* e *Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena vs. Bolívia*.

⁷⁴CSJM, *Videla*, cit. (“[L]as conductas que el juez de grado calificó como “desaparición forzada de personas” (...) ya eran crímenes contra la humanidad en el momento de su comisión más allá de que la denominación “desaparición forzada de personas” fuera adoptada de manera casi simultánea con la comisión de tales crímenes. (...) [D]e ningún modo las conductas por las que Videla se encuentra procesado eran lícitas al momento de su ejecución.”). No mesmo sentido, no Chile, cf. o *Caso Vila Grimaldi/Ocho de Valparaíso*, cit. (“[L]a detención inmotivada, “sin derecho”, transforma el ilícito en un secuestro y aunque la detención o encierro la realice un sujeto investido de autoridad, cual es el caso de los acusados, pero carente de legitimidad para llevarlo a cabo, se ejecuta un delito de secuestro. Además, en la especie, hubo restricción de la libertad ambulatoria de varias personas, sin justificación jurídica alguna, ni orden competente, con fines ajenos a las labores propias de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.”).

importando (para fins estritamente penais) quando e se seus restos mortais foram ou não encontrados. Em outras palavras, a natureza permanente do sequestro não parece ser um argumento muito sólido para sustentar a persecução penal nos casos em que as vítimas dos desaparecimentos foram comprovadamente mortas há muitas décadas. Mesmo que de início não haja certeza sobre o homicídio da vítima, a eventual localização de seus restos mortais acompanhada da confirmação do ano da morte importaria - *caso a conduta não fosse considerada crime contra a humanidade e, conseqüentemente, imprescritível* - no reconhecimento da extinção da punibilidade dos crimes de sequestro e homicídio, pelo não exercício do *jus puniendi* estatal no prazo legal. Nessa perspectiva, e salvo melhor juízo, o único crime da cadeia delitiva envolvendo a repressão à Guerrilha do Araguaia que não teria efetivamente cessado (caso venha a se comprovar que todos os desaparecidos foram mortos à época) é a ocultação dos cadáveres das vítimas.

Em resumo: a afirmação do caráter permanente do desaparecimento forçado de pessoas, “no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos”⁷⁵, embora possa ser útil na redação de novo tipo incriminador, revela-se pouco operativa no processo de adequação típica das condutas objeto do caso *Gomes Lund*. Se o objetivo da Corte for afirmar sua jurisdição sobre casos anteriores à aceitação da cláusula de jurisdição obrigatória (art. 62 da CADH), melhor seria sustentar – como feito em *Almonacid Arellanos vs. Chile* (2004)⁷⁶, o *caráter permanente não do crime de desaparecimento forçado, mas da omissão estatal de investigar e sancionar graves violações a direitos humanos* dentre as quais o sequestro, tortura, homicídio e ocultação dos cadáveres de opositores políticos do regime militar. A *omissão é permanente* porque, do ponto de vista do direito internacional, o dever atribuído aos Estados de promover a persecução penal de certos ilícitos não se extingue nem pelo exercício do poder soberano de anistiar crimes, nem pelo transcurso do tempo.

Em *Almonacid* a Corte IDH também estabeleceu que os homicídios cometidos pelo

⁷⁵Corte IDH. Caso Gomes Lund e outros, *op. cit.*, par. 17. No mesmo sentido, cf. Corte IDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Pena vs. Bolívia, sentença de 01.09.10.

⁷⁶“En vista de ello, la Corte considera que es competente para pronunciarse sobre los hechos señalados por la Comisión y los representantes referentes al otorgamiento de competencia a la jurisdicción militar en perjuicio de la jurisdicción civil, y a la aplicación de la Ley de Amnistía en el presente caso por parte de las autoridades judiciales militares, puesto que ocurrieron con posterioridad al 21 de agosto de 1990. Dichos hechos se encuentran detallados en el párrafo 82.11 a 82.23 de la presente Sentencia y podrían constituir violaciones autónomas de los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, el Tribunal estima que no están excluidos por la limitación realizada por el Estado. De otra parte, acerca de las supuestas “omisiones de investigación, procesamiento y sanción de los responsables del homicidio del señor Luis Almonacid” alegadas por la Comisión (*supra* párr. 40.a.ii), la Corte advierte que ni ésta ni el representante precisaron cuáles son esas omisiones, por lo que la Corte no puede determinar a cuáles hecho se refieren y, por ende, la fecha en que ocurrieron, por lo que desestima tal argumento.”

regime militar chileno constituem crime contra a humanidade e como tal devem ser investigados e sancionados⁷⁷. Portanto, caso o Estado brasileiro decida seguir a jurisprudência do sistema interamericano, deverá promover a persecução penal também dos homicídios não seguidos da ocultação do cadáver, caso, por exemplo, dos assassinatos de Alexandre Vannucchi Leme, Frederico Eduardo Mayr, Chael Charles Schreier, Manoel Fiel Filho e Vladimir Herzog, dentre outros casos já decididos na esfera administrativa federal registrados no livro *Direito à Memória e à Verdade*, produzido pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos⁷⁸.

3.3. Crimes conexos estão abrangidos pela sentença?

Outra questão “difícil” a ser enfrentada diz respeito à persecução dos crimes conexos aos crimes contra a humanidade. Também aqui não se trata de mera especulação teórica, pois na Procuradoria da República de São Paulo há procedimento criminal aberto para apurar as circunstâncias da morte do operário Manoel Fiel Filho nas dependências do DOI-CODI, em 1976, inclusive no que se refere ao falso laudo que atestou suicídio por estrangulamento como *causa mortis*. A conduta dos médicos-legistas está prescrita ou pode ser objeto de persecução penal válida? Quais fundamentos justificam a imprescritibilidade dos crimes conexos aos crimes contra a humanidade, e que critérios devem ser usados para definir a inclusão de uma determinada conduta nessa categoria?

Na jurisprudência argentina, foram encontrados precedentes sustentando a

⁷⁷“El asesinato como crimen de lesa humanidad fue codificado por primera vez en el artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg (...). Poco después, el 20 de diciembre de 1945, la Ley del Consejo de Control No. 10 también consagró al asesinato como un crimen de lesa humanidad en su artículo II.c. De forma similar, el delito de asesinato fue codificado en el artículo 5.c del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para el juzgamiento de los principales criminales de guerra del Lejano Oriente (Estatuto de Tokyo), adoptada el 19 de enero de 1946. (...) Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de Guerra. (...) Basándose en los párrafos anteriores, la Corte encuentra que hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.”

⁷⁸Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Verdade e à memória*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

punibilidade dos crimes de associação ilícita (casos *Videla*⁷⁹ e *Arancibia Clavel*⁸⁰), favorecimento pessoal (*Navarro*, 2003⁸¹), falsidade ideológica e subtração, retenção e ocultação de criança (*Gomez e Gualtieri*, ambos de 2009).

A imprescritibilidade e a inaplicabilidade da coisa julgada aos crimes de associação ilícita foram encontradas na referência à “conspiración para cometer genocídio” como ato punível, feita no art. 3º da Convenção sobre o Genocídio. Segundo o voto do Juiz Petracchi, em *Arancibia Clavel*,

[L]a redacción de la convención es lo suficientemente amplia como para que quede abarcada por ella la conducta de quien presta su colaboración en forma permanente a una agrupación destinada a perseguir opositores políticos (...) asumiendo como función, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una "red de informantes" y "contactos" con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre los posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de lesa humanidad.

A Corte Suprema de Justiça argentina também fundamentou a imprescritibilidade

⁷⁹CSJN. *Videla, Jorge Rafael s/ incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada*. Julgamento de 21.08.2003 (“[E]l delito de asociación ilícita, cuando es ejecutado por el estado desde sus propias organizaciones de poder, debe ser considerado un crimen contra el derecho de gentes. Uno de los requisitos ineludibles para que el delito de asociación ilícita pueda integrar dicha categoría de ilícitos es que la organización tenga el propósito de cometer crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra o cualquier otro crimen contra el derecho internacional. (...) Por lo expuesto, no quedan dudas acerca de que el delito de asociarse con fines criminales, que nuestro Código Penal prevé en el Capítulo II del Título VIII, tiene su correlato en el derecho penal internacional. En otras palabras, el asociarse con el propósito de cometer crímenes contra la humanidad es una conducta prohibida por el derecho de gentes y, por lo tanto, corresponde darle el mismo tratamiento que se explicitó en el punto II de la presente resolución.”).

⁸⁰CSJN. *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros*. Sentença de 23.08.2004 (“Que según quedó establecido en la sentencia del tribunal oral Arancibia Clavel tomó parte a partir de marzo de 1974 en una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional, (...) dependiente del gobierno de facto chileno), cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet que se encontraban exiliados en nuestro país. Tales actividades incluían, entre otros delitos, la comisión de homicidios, secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos y falsificación de documentos de identidad. Dentro de esa organización, Arancibia Clavel, por sus contactos con servicios de inteligencia y policiales argentinos, tenía a su cargo la formación de una red de colaboradores locales e informantes que aportaran datos sobre los perseguidos por el régimen chileno. Que dicha conducta se encuentra descripta en forma clara y circunstanciada, y en tanto significa tomar parte en forma permanente en una asociación integrada por más de tres personas destinada a cometer delitos, resulta subsumible en el art. 210 del Código Penal. (...) Que existen, pues, claros vínculos entre los conceptos de asociación ilícita, conspiración en el sentido del derecho anglosajón y conspiración para cometer crímenes de lesa humanidad como para considerar configurado un delito que consiste en el acuerdo para cometer crímenes de ese carácter o por la participación voluntaria en organizaciones cuyo objetivo es - como en el caso - la persecución de opositores políticos. En efecto, la conciencia de la comunidad internacional respecto a la necesidad de castigar la conspiración (o asociación ilícita) para cometer crímenes de lesa humanidad se ha ido fortaleciendo desde sus esbozos en la Carta de Londres hasta su tipificación positiva en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (...) b) y el Estatuto de Roma que demuestran que el orden público internacional estima que existe un sólido vínculo entre ese tipo de actos preparatorios y el delito mismo.”).

⁸¹A decisão estende as consequências jurídicas da caracterização de uma conduta como “crime contra a humanidade”, em caso de destruição de provas cometido após o encerramento do período militar

da participação em organização criminosa no caráter preparatório da associação em relação aos desaparecimentos forçados de que tratava o caso: “No podría sostenerse que si los homicidios, la tortura y los tormentos, la desaparición forzada de personas, son delitos contra la humanidad, el formar parte de una asociación destinada a cometerlos no lo sea, pues constituiría un contrasentido tal afirmación, toda vez que este último sería un acto preparatorio punible de los otros.”

Em *Gualtieri*⁸², o problema colocado era a recusa de um adulto, apontado como suposto filho de uma desaparecida (nascido pouco depois de sua prisão) em fornecer material genético para a investigação sobre a autoria dos crimes de “subtração, retenção e ocultação de menor de 10 anos”, “supressão e alteração da identidade de menor de 10 anos” e “falsidade ideológica de instrumentos destinados a certificar a identidade das pessoas”, atribuídos àqueles tidos como seus pais. Tais condutas foram consideradas pela maioria dos juízes da Corte Suprema argentina como “vinculadas a acontecimentos que constituem crimes contra a humanidade”, ou, nas palavras do juiz Maqueda, “uma consequência direta do desaparecimento forçado de pessoas” da qual também a mãe da desaparecida (suposta avó do recorrente) era vítima.

Em *Gomez*⁸³, também um caso de subtração de criança nascida durante a prisão da vítima desaparecida, a defesa argumentou que o crime *permanente* de subtração/ocultação de um menor de 10 anos tinha como marco inicial da prescrição o décimo aniversário da suposta vítima. Em resposta, o tribunal de segundo grau apresentou dois argumentos: a) que “la acción penal del ilícito cuya participación necesaria fue atribuida a Jorge Luis Magnacco no se encontraba prescripta por tratarse de un delito de lesa humanidad, *en razón de que el hecho en cuestión había formado parte de un plan sistemático que incluyó la sustracción del menor y la desaparición de su madre*”; b) que a consumação do crime se protraí até a data de divulgação do laudo do material genético do suposto filho, ocasião em que cessaria a ocultação. Este último argumento - de natureza infraconstitucional - foi considerado “suficiente” pela Corte Suprema de Justiça para por fim à causa.

A julgar pelos acórdãos citados, a conexão de que tratam os casos argentinos parece ser a mesma descrita no art. 76 do Código de Processo Penal brasileiro, i.e., quando um crime é praticado para facilitar a execução de outro, oculta-lo ou proporcionar impunidade ou vantagem a seu autor. *A consequência, nesse caso, seria a submissão de todos os delitos conexos a desaparecimentos forçados, homicídios e tortura (qualificados como crimes contra a humanidade) ao mesmo tratamento jurídico, ou seja,*

⁸²CSJN. *Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia s/ Sustracción de Menores de 10 años*. Sentença de 11.08.2009.

⁸³CSJN. *Gómez, Francisco y otros s/ sustracción de menores de 10 años*. Sentença de 30.06.2009.

imprescritibilidade, insuscetibilidade de anistia, não incidência do *ne bis in idem* etc.

4. O cumprimento da sentença da Corte IDH implica em retroatividade penal vedada?

O problema não se refere propriamente à irretroatividade de *lei* penal prejudicial, mas sim da *interpretação* dada por tribunal internacional à lei brasileira de anistia e às regras do direito interno que autorizam a prescrição penal de crimes contra a humanidade. A dogmática nacional geralmente manifesta-se contrária à retroação de interpretação jurisprudencial em prejuízo do acusado. Rogério Greco, por exemplo, sustenta que: “se o agente praticou determinado comportamento partido do fato de que se tratava de conduta lícita, em face do entendimento jurisprudencial, e se, tempos depois, tal posição é modificada pelos Tribunais, não poderá ser prejudicado com isso. Caso venha a ser processado, poderá alegar, como tese defensiva, o erro de proibição.”⁸⁴

Em sentido contrário, na dogmática penal alemã, afirma Claus Roxin:

Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad da la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora há sido correctamente reconocida. [Opinión contrária] no se puede compartir, por ser contraria a la idea basica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación e jurisprudencia... [El ciudadano] no tiene por qué conocer la jurisprudencia (...) y no debe confiar en ella, sino sólo em el tenor literal de la ley. Dado que los cambios de jurisprudencia tienen que mantenerse dentro del ámbito del sentido literal posible, de todos modos son tencialmente menos gravosos y más previsibles que los cambios legales, y en algunos casos el ciudadano puede y debe ajustar su conducta a los mismos.⁸⁵

Um caso interessante de “retroatividade jurisprudencial” em prejuízo do réu - mas em favor dos interesses da vítima - foi julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos em 1995. O caso - *C.R. v. United Kingdom*⁸⁶ - refere-se à mudança na interpretação

⁸⁴GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v. 1. Niterói: Impetus, 2006, p. 117.

⁸⁵ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, T. 1. Madrid: Civitas, 1997, pp. 165-166.

⁸⁶ECHR, *C.R. v. The United Kingdom*. Decisão de 22.11.95.

jurisprudencial de causa de exclusão da antijuridicidade do crime de estupro cometido contra esposa. Até 1990 precedentes na jurisprudência do Reino Unido exoneravam réus acusados de estupro marital sob o argumento de que o casamento implicava no consentimento da mulher com o ato sexual. A Corte Européia de DH concluiu que a condenação do peticionário pelos tribunais britânicos não havia ofendido a garantia da legalidade em matéria penal prevista no art. 7º da Convenção Européia. Segundo a Corte, a garantia é inderrogável e “... deve ser aplicada de forma a proporcionar salvaguardas efetivas contra acusações, condenações e punições arbitrárias. Ela acarreta que apenas a lei pode definir um crime e estabelecer uma pena; que o direito penal não deve ser extensivamente construído em detrimento do acusado, e que uma ofensa deve ser claramente definida em lei. Não obstante, por mais clara que uma provisão legal possa ser, há um *inevitável elemento* de interpretação judicial, elucidação de pontos duvidosos e *adaptação para circunstâncias em mudança*. O art. 7 [da Convenção Européia] não deve ser lido de forma a excluir o gradual esclarecimento das regras de responsabilidade criminal através de interpretação judicial caso a caso, desde que o desenvolvimento resultante seja consistente com a essência da ofensa e possa ser razoavelmente previsto”.

Especificamente no que se refere ao assunto deste artigo, Nilo Batista, mencionando Zaffaroni, advoga a tese de que “a revisão radical de uma interpretação sedimentada ao longo de três décadas implicaria retroatividade encoberta (...) [e] uma violação oblíqua do princípio da legalidade.”⁸⁷ O próprio Zaffaroni, contudo, no julgamento da constitucionalidade de lei anulatória das Leis de Obediência Devida e Ponto Final, manifestou opinião diversa, e sustentou que a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, apenas se limitou a

[c]odificar como tratado lo que antes era *jus cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extinguía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

Aplicando-se tipologia utilizada por Alexy no já citado artigo em que analisa a doutrina adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão no julgamento dos

⁸⁷BATISTA, Nilo. *Nota Introdutória in DIMOULIS, Dimitri e outros. Justiça de Transição no Brasil: Direito, Responsabilização e Verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8.

processos de homicídio cometidos por sentinelas do Muro de Berlim, podemos distinguir as seguintes possibilidades interpretativas a respeito do problema, na perspectiva de uma teoria geral dos direitos fundamentais: (1) a punição dos responsáveis *afeta* o âmbito de proteção da garantia porque a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade derivaria exclusivamente de tratado internacional ratificado posteriormente à ocorrência dos fatos; (2) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da garantia porque os crimes contra a humanidade já eram considerados imprescritíveis à época dos fatos pelo costume internacional, norma de direito cogente; (3) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da norma porque a garantia não protege a confiança na permanência de uma determinada interpretação do direito escrito; (4) a punição dos responsáveis *não afeta* o âmbito de proteção da norma porque a garantia protege apenas a confiança na vigência de regras jurídicas *válidas*, o que não é o caso da lei de anistia ou das regras do direito interno que autorizam a prescrição de crimes contra a humanidade; (5) a proibição contra retroatividade, nesse caso, está contida no âmbito de proteção da norma, mas a garantia constitucional tem *natureza principiológica* e portanto a definição final de seu conteúdo está sujeita ao sopesamento com princípios colidentes.

Na jurisprudência de tribunais internacionais prevalecem os argumentos (2)⁸⁸, (4) e (5). No sistema europeu, o julgamento mais importante a respeito da incidência da garantia da irretroatividade da lei penal prejudicial em contextos de justiça de transição foi feito no caso *Streletz, Kessler and Krenz* (2001)⁸⁹, relacionado a ex-oficiais e ex-soldados da República Democrática Alemã condenados pela Justiça do Estado unificado em razão do homicídio de nacionais que tentaram cruzar o Muro para Berlim Ocidental. Os petionários alegaram ofensa ao art. 7º, § 1º, da Convenção Europeia de DH pois a

⁸⁸ECHR. *Kolk and Kislyiy v. Estonia*. Julgamento de 17.01.06 (“The applicants submitted that the acts in respect of which they were convicted had taken place in 1949 (...). At the material time, the Criminal Code of 1946 of the Russian SFSR had been applicable in the Estonian territory. It had not included crimes against humanity. Criminal responsibility for crimes against humanity had been established in Estonia only on 9 November 1994, when the Estonian Criminal Code had been amended (...). The Court notes that even if the acts committed by the applicants could have been regarded as lawful under the Soviet law at the material time, they were nevertheless found by the Estonian courts to constitute crimes against humanity under international law at the time of their commission. The Court sees no reason to come to a different conclusion. (...) The Court thus considers groundless the applicants' allegations that their acts had not constituted crimes against humanity at the time of their commission and that they could not reasonably have been expected to be aware of that. [...] Furthermore, as the Court has noted above, no statutory limitation applies to crimes against humanity, irrespective of the date on which they were committed.”).

⁸⁹Corte EDH. *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany*. Applications 34044/96, 35532/97 e 44801/98. Sentença de 22.03.01. Em *Streletz*, a maioria dos juízes da Corte EDH argumentou que não havia ofensa à garantia contra a irretroatividade da lei penal porque a conduta dos petionários já *era contrária ao direito interno da República Democrática Alemã e ao direito internacional da época* e que isso só não era devidamente reconhecido e sancionado porque toda a estrutura estatal estava envolvida, ela própria, em práticas repressivas atentatórias ao Estado de Direito. A ausência de efetiva sanção, porém, não tornava o fato jurídico ou não-culpável (par. 79), e o Estado alemão unificado não poderia ser criticado por aplicar e interpretar as provisões legais vigentes na data dos fatos à luz dos princípios que governam o Estado de Direito pós-autoritário (par. 81).

Justiça alemã teria deixado de reconhecer que, ao tempo da ação, o homicídio de quem buscava fugir do regime não era antijurídico ou culpável, mas o argumento foi rejeitado tanto em âmbito doméstico, quanto na Corte internacional. No direito interno, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1996, negou ofensa à garantia e enfatizou a contradição entre o direito vigente à época e as práticas de repressão adotadas pela polícia de fronteira:

A retroatividade estrita (...) tem por fundamento especial a confiança que contem as leis penais quando são promulgadas por um legislador democrático vinculado aos direitos fundamentais. Não há esse fundamento especial de confiança quando o representante do poder estatal exclui para o âmbito do ilícito criminal gravíssimo a punibilidade por meio de causas de justificação e, apartando-se das normas escritas, incita a tal ilícito favorecendo-o e, deste modo, ofende gravemente os direitos humanos, reconhecidos em geral pela comunidade de direito internacional público.⁹⁰

O mesmo entendimento foi partilhado pela Corte EDH, que unanimemente afastou a incidência da garantia prevista no art. 7º da Convenção quanto à alegada retroatividade da interpretação dada pelo tribunal constitucional às excludentes de culpabilidade e antijuridicidade outorgadas aos agentes da repressão na RDA:

A Corte considera ser legítimo que um Estado de Direito instaure ações penais contra pessoas que cometeram crimes sob um regime anterior; do mesmo modo, os tribunais deste Estado, tendo tomado o lugar daqueles que nele existiam previamente, não podem ser criticados por aplicar e interpretar as provisões legais em vigor ao tempo dos fatos à luz dos princípios que governam um Estado de Direito.

Segundo o juiz Levitts, daquela Corte:

[A] interpretação e a aplicação de normas nacionais ou internacionais segundo uma metodologia socialista ou não-democrática (com resultados intoleráveis para um sistema democrático) deveriam, a partir do ponto de vista de um sistema democrático, ser vistas como erradas. Isto aplica-se tanto a avaliações *ex post*

⁹⁰Decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 24 de outubro de 1996, *EuGRZ* 1996, 538, tradução citada em LOTT, Herman. “A Lei Penal e o Estado Democrático de Direito” *in* *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008.

facto de práticas jurídicas de regimes não-democráticos anteriores (...) quanto a avaliações de práticas jurídicas concretas de regimes não-democráticos do presente. (...) Depois da mudança para uma ordem política democrática os agentes responsáveis não podem confiar que suas condutas continuarão justificadas pela forma “específica” através da qual o direito é interpretado por regimes não-democráticos. Para mim, essa é uma conclusão obrigatória, que deriva da inerente universalidade dos direitos humanos e dos valores democráticos, pelos quais todas as instituições democráticas estão vinculadas.

O juiz Locaides, no mesmo julgamento, argumentou que os agentes incumbidos da interpretação, administração e cumprimento da lei na Alemanha Oriental não poderiam beneficiar-se da “situação autoreferencial” na qual representavam a fonte produtora de suas próprias causas de justificação⁹¹.

No direito comparado, a totalidade dos julgados analisados no âmbito de processos de justiça de transição rejeitou o argumento da ofensa à garantia da irretroatividade da lei penal prejudicial⁹², adotando para tanto os argumentos (2) e (5) acima sistematizados. O uso do argumento (2) pode ser constatado, por exemplo, em *Arancibia Clavel*⁹³, caso em que a maioria dos ministros da Corte Suprema de Justiça da Argentina, afirmou que “no hay una violación del principio “*nulla poena sine lege*”, en la medida en que los crímenes de lesa humanidad siempre estuvieron en el ordenamiento y fueron reconocibles para una persona que obrara honestamente conforme a los principios del estado de derecho.”

Em igual direção, a exposição de motivos do projeto de “lei interpretativa” para adequar a legislação penal chilena aos tratados internacionais de DH e mais particularmente à decisão da Corte IDH no caso *Almonacid-Arellano*, argumenta que:

[U]na violación de la prohibición de retroactividad es negada unánimemente,

⁹¹“The applicants did not simply ‘rely’ on the GDR’s State practice. They helped create that very real State practice of impunity. This practice of impunity, however, was not formalised through legislative means, no doubt because to the outside world the GDR wanted to maintain the image of a Rechtsstaat. (...) In terms of their own criminal law, the applicants were the co-conspirators in a large and consistent conspiracy to disregard the objective meaning of the law on the statute book, meaning that they co-conspired to create and maintain a two-faced situation in which the so-called “State practice” of impunity and even of rewarding the criminal behaviour of other co-conspirators was in unqualified contradiction with the formal language of the relevant criminal statutes. (...) Here there was a self-referential situation in which the very same people who were charged with responsibility for the interpretation, administration or enforcement of the law defining the offence propagated the ‘State practice’ which they now claim to have been the source of their own understanding of the law and thus of their excuse under the law. What is more, the applicants maintain that the GDR’s State practice was part and parcel of contemporaneous objective impunity and that it is therefore unacceptable ex post to activate criminal liability for their acts.”

⁹²Na Argentina, a exceção encontrada na Corte Suprema de Justiça é a posição do juiz Fayat, para quem o princípio da irretroatividade abarca todos os pressupostos de punibilidade, inclusive a prescrição (CSJN, Mazzeo, *cit.*).

⁹³*Supra citado.*

porque ésta *no* habría de entenderse de modo estrictamente formal, esto es, como un principio que exige un tipo penal *escrito* al momento de la comisión del hecho. La prohibición de retroactividad de derecho penal internacional se orienta al carácter del derecho internacional como un ordenamiento jurídico dinámico. Por ello, es suficiente si la acción en cuestión es punible según los principios *no escritos del derecho consuetudinario*. Por lo general esto es afirmado con el argumento de que los hechos en cuestión –guerra de agresión, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra- ya eran punibles en el momento del hecho según la costumbre internacional. No se vulnera la *prohibición de retroactividad de la ley penal*, pues esta se refiere a la descripción del hecho (que estaba descrito con anterioridad) y a la pena (considerado in abstracto en el tipo penal respectivo), suficientemente cumplidos pues los secuestros, los homicidios, la tortura, etc., ya eran punibles a la fecha de la comisión de los delitos.⁹⁴

O argumento (5), también bastante adoptado na jurisprudência do continente⁹⁵, entende que a proibição contra a retroatividade tem natureza principiológica, sendo, assim, um “mandamento de otimização” que ordena que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”.⁹⁶ A definição desse “algo” deve levar em conta o resultado da lei de colisão entre os princípios em jogo; no caso específico, a segurança jurídica e a proibição de que crimes contra a humanidade fiquem impunes. A regra resultante da ponderação constitucional, no caso, estabelece a prioridade do princípio de proteção da confiança de modo que

[s]ólo bajo la singular circunstancia de que en un Estado injusto existan causas especiales de justificación que encubren derecho extremadamente injusto, ha de invertirse esta relación de prioridad. En tales condiciones, dado que la confianza no disfruta de ninguna protección, debe prevalecer la justicia material. Así surge la

⁹⁴Disponível em: http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/delitos-contra-derechos-humanos/derechos-humanos http://www.bcn.cl/actualidad_legislativa/delitos-contra-derechos-humanos/derechos-humanos. No mesmo sentido: Corte de Apelaciones de Santiago. *Uribe Tambley y van Jurick Altamirano*, decisão de 30.09.1994 (“Ante todo, la Corte estableció que en el momento de comisión de los hechos —1974— existía en Chile una guerra interna y, por lo tanto, eran aplicables los Convenios de Ginebra (CG) de 1949 ratificados por ese país en 1951. En consecuencia, consideró que los delitos de secuestro y tortura eran crímenes de guerra y, como tales, imprescriptibles y no sujetos a amnistías según el derecho internacional.”).

⁹⁵Cf. p.ex. o voto do Juiz Boggiano, em *Simón* (cit.) (“Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad.”).

⁹⁶ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales (Theorie der Grundrechte)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

excepción a la cláusula del art. 103.2 LF.⁹⁷

A preocupação, neste tópico, é evitar que a garantia seja “arrastada no redemoinho das onipresentes ponderações de direito constitucional”, para citar a crítica de Alexy⁹⁸. A melhor solução interpretativa, segundo o constitucionalista alemão, seria argumentar que a anterioridade tem natureza de regra (já sendo, portanto, o resultado da ponderação), mas a ela se adicionaria cláusula de exceção consistente na admissão da retroatividade *in pejus* em certas condições, como por exemplo para crimes contra a humanidade:

Podría objetarse contra esta solución que vulnera el tenor literal de la Constitución, toda vez que el art. 103.2 LF no contiene cláusula de excepción alguna; antes al contrario, garantiza, sin reservas, un derecho fundamental o *cuasifundamental*. De donde sólo por la vía de un cambio constitucional, y no por una construcción de la jurisprudencia, sería lícito introducir una cláusula de excepción. (...). El Tribunal Constitucional Federal ha resuelto claramente esta cuestión respecto de los derechos fundamentales garantizados sin reserva del catálogo de derechos fundamentales. Desde su pronunciamiento sobre la objeción de conciencia de 1970, el Tribunal aplica la fórmula de que “también los derechos ilimitables” pueden ser limitados, conforme al principio de proporcionalidad, siempre que así lo exijan “derechos fundamentales de terceros” u “otros valores jurídicos dotados de rango constitucional.”⁹⁹

No direito dos tratados, a natureza principiológica da garantia da irretroatividade encontra seu fundamento no art. 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cuja redação estabelece que “ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional *ou internacional*, no momento em que foram cometidos” e que a garantia não impede o julgamento e condenação de qualquer pessoa por atos ou omissões que já eram considerados delituosos “*de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações*”.

No direito comparado, dignas de registro são as decisões da Corte Suprema de

⁹⁷ALEXY, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal”, *op. cit.*, p. 216.

⁹⁸*Idem*, p. 215.

⁹⁹*Idem*, pp. 216-217.

Justiça da Argentina nos casos *Arancibia Clavel*¹⁰⁰ e *Simon*¹⁰¹, e o controle de constitucionalidade *in abstracto* realizado pela Corte Constitucional colombiana em relação à Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas¹⁰².

5. O cumprimento da sentença da Corte IDH implica em violação à garantia do *nullum crimen sine lege scripta*?

Uma das mais consistentes objeções à persecução dos crimes contra a humanidade refere-se à taxatividade da lei penal. Para os que advogam posição contrária à aplicação do costume internacional como causa da invalidade das regras de anistia e prescrição, ainda que houvesse norma costumeira de natureza cogente à época dos fatos, a qualificação das condutas de agentes da repressão militar como “crimes contra a humanidade” dependeria de prévia incorporação formal ao direito penal interno, sob pena de violação à garantia do *nullum crimen sine lege scripta*. É a posição adotada pelo Ministro Celso de Mello, na *ADPF 153*:

Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal. Esse princípio, além de consagrado em nosso ordenamento positivo (...) também encontra expresse reconhecimento na Convenção Americana de Direitos Humanos (...) e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (...), que representam atos de direito internacional público a que o Brasil efetivamente aderiu. O que se mostra constitucionalmente relevante, no entanto (...) é que, 'no âmbito do Direito Penal incriminador, o que vale é o princípio da reserva legal, ou seja, só o Parlamento, exclusivamente, pode aprovar crimes e penas. (...) Não se pode também desconhecer, considerado o princípio

¹⁰⁰“El principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo, rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad (art. I). Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad.” (Voto do Juiz Boggiano).

¹⁰¹“Que el principio de no retroactividad de la ley penal ha sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigurosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad (*Regina v. Finta*, Suprema Corte de Canadá, 24 de marzo de 1994). Cabe reiterar que para esta Corte tal conflicto es sólo aparente pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo immemorial. (Voto do Juiz Boggiano)

¹⁰²Corte Constitucional de Colombia. Sentença C-580/02. Control de Constitucionalidad de Tratado Internacional y Ley Aprobatoria. Sentença de 31.07.2002.

constitucional da reserva absoluta de lei formal, que o tema da prescrição subsume-se ao âmbito das normas de direito material, de natureza eminentemente penal, regendo-se em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento (...). Isso significa, portanto, que somente lei interna (e não convenção internacional), muito menos aquela sequer inscrita pelo Brasil) pode qualificar-se constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (...).

No plano internacional, porém, a objeção parece estar adstrita a alguns círculos acadêmicos¹⁰³, pois tanto na jurisprudência das cortes internacionais¹⁰⁴ quanto em acórdãos dos tribunais dos Estados latinoamericanos o entendimento amplamente majoritário¹⁰⁵ sustenta um certo abrandamento da garantia. O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, por exemplo, arguiu que “não está definido em que extensão o princípio da legalidade e seus componentes tem sido admitidos como parte da prática jurídica internacional, separada e destacada da existência dos sistemas jurídicos nacionais.”¹⁰⁶ Beth Van Schaack nota, inclusive, o recurso ao direito costumeiro mesmo

¹⁰³Cf., dentre outros: SCHAACK, Beth Van. “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”. 97 *Geo. L. J.* 119 (2008); AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel. *Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, *op. cit.*; e BOOT, Machteld. *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes*. School of Human Rights Research Series v. 12. Antwerpen: Intersentia, 2002.

¹⁰⁴A decisão mais “radical” a respeito do assunto talvez seja a do Tribunal Especial para a Serra Leoa, proferida em 2004, no caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*. A decisão refere-se à jurisdição do tribunal para julgar o crime de alistamento de crianças em conflitos armados. A defesa havia alegado, como matéria preliminar, que, ao tempo da ação (1996), a conduta não era definida como crime internacional. Citando as Convenções de Genebra e dos Direitos da Criança, o Tribunal indeferiu a preliminar argüida, alegando que “antes de novembro de 1996, a proibição do recrutamento de crianças havia se cristalizado como direito costumeiro internacional, como demonstrado pelo amplo reconhecimento e aceitação da norma que proíbe o recrutamento infantil nas convenções citadas, reiteradas na Carta Africana de Direitos e Bem-Estar da Criança, de 1990.” Segundo o Tribunal, “*a norm need not be expressly stated in an international convention for it to crystallize as a crime under customary international law*. Furthermore, it is not necessary for the individual criminal responsibility of the accused to be explicitly stated in a convention for the provisions of the convention to entail individual criminal responsibility under customary international law. Further support for these findings is found in the national legislation of states which includes criminal sanctions as a measure of enforcement. Therefore, child recruitment was criminalized before it was explicitly set out in treaty law and certainly by the time frame relevant to the indictments. The principle of legality and the principle of specificity are both upheld.”

¹⁰⁵A exceção pode ser encontrada no voto divergente de alguns juizes, como o Ministro Fayat, em reiteradas decisões da Corte Suprema argentina nos casos da ditadura (p.ex., no caso Mazzeo, de 2007 (*cit.*): “La aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa*, exhaustiva y no general, *stricta* no analógica y, concretamente en relación al *sub lite*, *scripta* no consuetudinaria. Sintetizando: las fuentes difusas - como característica definitoria de la costumbre internacional - son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.”).

¹⁰⁶ICTY. *Prosecutor v. Delalic*. Case n. IT-96-21, julgamento de 16.11.1998, par. 403. Cf., no mesmo sentido, *Prosecutor v. Karemera et al*, Case n. ICTR-98-44-T, Decision on the Preliminary Motions by the Defence of Joseph Nzirorera, Édouard Karemera, André Rwamakuba and Mathieu Ndirumpatse Challenging Jurisdiction in Relation to Join Criminal Enterprise, julgamento de 11.05.2004, par. 43 (“The Chamber holds that, given the specificity of international criminal law, the principle of legality does not apply to international criminal law to the same extent as it applies in certain national legal systems.”).

quando existe um tratado ratificado pelo Estado envolvido, e não há lacuna ou ambiguidade a ser superada¹⁰⁷. Além disso, a preocupação em alguns casos de “preencher os buracos” do direito positivo faz com que os tribunais domésticos e internacionais sejam menos rigorosos na aplicação da fórmula tradicional do direito costumeiro, que exige a demonstração de uma prática estatal recorrente acompanhada da crença de que tal prática é mandatória em determinadas circunstâncias¹⁰⁸. Em suma, de acordo com Schaack, a jurisprudência do direito penal internacional acaba por “reformular o princípio da legalidade como *nullum crimen sine jure*, no qual o termo *jure* inclui mais do que as leis positivadas.”

Também segundo Schaack, a “ostensiva contradição” entre o princípio da legalidade em matéria penal e o uso do direito internacional costumeiro em prejuízo do réu atinge não apenas a ciência, pelo agente, do desvalor da conduta, mas também o próprio conteúdo específico da proibição sendo que

[o] primeiro é mais facilmente satisfeito à luz da rede de tratados de direitos humanos articuladores de proibições inequívocas, mas não necessariamente definidores de elementos precisos dos crimes. É mais difícil, contudo, aceitar que tais elementos possam ser extraídos da (não rara) conduta divergente de uma multiplicidade de Estados às voltas com atitudes psicológicas subjetivas em relação a uma determinada prática.¹⁰⁹

O problema apontado torna-se certamente mais agudo quando envolve – como é o caso – a articulação entre as esferas doméstica e internacional. Com efeito, o direito

¹⁰⁷SCHAACK, Beth Van. “Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals”. 97 Geo. L. J. 119 (2008) (“Beyond treaty law, courts adjudicating ICL more frequently resort to customary international law (CIL) when an otherwise applicable treaty is silent, ambiguous, or constrained in its articulation of a legal principle. Indeed, courts will even resort to CIL when there is an extant treaty on a subject, although it is difficult to identify relevant state practice outside of the treaty where the treaty is well subscribed to by states. Where CIL satisfies the principle of legality, NCSL is effectively reformulated as *nullum crimen sine jure*, where *jure* includes other than positively enacted law.”).

¹⁰⁸*Idem*, p. 42 (“In looking to CIL to “fill gaps” in positive law, courts are not rigorous about applying the traditional CIL formula, which requires a showing of state practice coupled with *opinio juris sive necessitatis*. Rather, courts are often willing to overlook or discount contrary state practice and prioritize articulations of *opinio juris* found in the pronouncements of states and other institutions, including non-governmental or intergovernmental organizations. Under this contemporary approach, contrary state practice may be considered a breach of a rule rather than evidence of the absence or desuetude of a rule. Jurists may also “double count” discursive practices as both *usus* and *opinio juris*. It is of course uncontroversial that the substance of CIL is inherently evolutionary, being premised on the actions of states and their conceptions and articulations of legal obligation. The current practice of international decision-making bodies suggests that the very concept of CIL is undergoing a transformation in light of the proliferation of multilateral international institutions providing dispersed fora for parliamentary diplomacy and discursive practices. Although this untethering of *opinio juris* from state practice is part of much public international law reasoning, it is particularly common in ICL, where the disjunction between the two elements can be so wide. In ICL, states are known to espouse lofty rhetoric in self-serving dialog just as violations continue in clandestine cells back home.”).

¹⁰⁹*Idem*, p. 43.

internacional raramente define condutas criminosas e além disso os ambientes multilaterais das organizações internacionais praticamente obrigam o uso de locuções que contem alto grau de apreciação subjetiva da conduta do agente pelo intérprete (v.g. “medidas necessárias e razoáveis a seu alcance”¹¹⁰ e “atos desumanos (...) que causem intencionalmente grande sofrimento”¹¹¹). A combinação desses fatores encorajaria, de acordo com Schaack, um certo ativismo judicial tanto de cortes internacionais quanto de magistrados locais interessados em aplicar o princípio da jurisdição universal a notórios criminosos internacionais. Na esfera doméstica, por outro lado, o esforço garantista/liberal (ao menos quanto à criminalidade comum) volta-se justamente *contra* o emprego de tipos penais abertos e a favor de uma interpretação do princípio da legalidade que não restrinja o âmbito de proteção da garantia à tipificação da conduta e ao estabelecimento das penas.

Na Argentina, o parecer do Procurador-Geral da Nação apresentado no caso *Simón* claramente optou pela limitação do âmbito de proteção da garantia da legalidade nos crimes contra a humanidade. O argumento é o de que a invocação do costume internacional é feita tão somente para afastar as *causas de extinção da punibilidade*, não atingindo portanto o “núcleo duro” da garantia, i.e., os elementos do crime e as penas:

[E]n cuanto a su condición de lesa humanidad y su consecuencia directa, la imprescriptibilidad, no puede obviarse que el principio de legalidad material no proyecta sus consecuencias con la misma intensidad sobre todos los campos del Derecho Penal, sino que ésta es relativa a las particularidades del objeto que se ha de regular. En particular, en lo que atañe al mandato de certeza, es un principio entendido que la descripción y regulación de los elementos generales del delito no necesitan alcanzar el estándar de precisión que es condición de validez para la formulación de los tipos delictivos de la parte especial. (...) Y, en tal sentido, no advierto ni en la calificación de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, ni en la postulación de que esos ilícitos son imprescriptibles, un grado de precisión menor que el que habitualmente es exigido para las reglas de la parte general; especialmente en lo que respecta a esta última característica que no hace más que expresar que no hay un límite temporal para la persecución penal. Por lo demás, en cuanto a la exigencia de ley formal, creo que es evidente que el fundamento político (democrático-representativo) que explica esta limitación en el ámbito nacional no puede ser trasladado al ámbito del Derecho internacional, que se cara-

¹¹⁰Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, art. 6(1)(b)(iii).

¹¹¹Estatuto de Roma, art. 7(1)(k).

cteriza, precisamente, por la ausencia de un órgano legislativo centralizado, y reserva el proceso creador de normas a la actividad de los Estados. Ello, sin perjuicio de señalar que, en lo que atañe al requisito de norma jurídica escrita, éste se halla asegurado por el conjunto de resoluciones, declaraciones e instrumentos convencionales que conforman el corpus del Derecho internacional de los derechos humanos y que dieron origen a la norma de *ius cogens* relativa a la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

É preciso reconhecer, contudo, que nos ordenamentos jurídicos que seguem o sistema continental a prescrição não é um instituto totalmente destacado dos tipos penais, até porque a contagem do prazo depende da natureza do crime (CP, art. 111) e da pena abstratamente a ele cominada. O problema é posto da seguinte forma por Pablo Parenti:

En el derecho positivo argentino la prescripción está vinculada a la figura penal en la que se subsuma la conducta, dado que el plazo varía de acuerdo con la pena prevista para el delito supuestamente cometido. De este modo las figuras penales desempeñan un papel relevante en el análisis de la prescripción. Sin embargo, más allá de esta regla de derecho positivo (de rango legal), no parece haber obstáculo alguno para que el presupuesto de una norma sobre prescripción pueda ser algo distinto o desvinculado de la figura del Código Penal en la que se subsuma la conducta. Incluso esto ya es así en otras reglas de derecho positivo. En otras palabras, el presupuesto de una norma sobre prescripción no necesariamente debe estar referido o vinculado a un tipo penal aplicable. Esto es, precisamente, lo que se asume en varios fallos de la jurisprudencia argentina cuando se utiliza la categoría de los crímenes contra la humanidad como un presupuesto de la regla sobre imprescriptibilidad.¹¹²

6. O cumprimento da sentença da Corte IDH pode incidir sobre inquéritos e processos arquivados?

Nos autos do procedimento de investigação criminal n.º 1.34.001.001574/2008-17, o pedido de arquivamento da apuração invocou a proibição do *bis in idem* como fundamento. O caso referia-se à morte de Vladimir Herzog; em 1992, um inquérito estadual foi aberto para apurar os fatos, mas a investigação foi trancada através de

¹¹²In AMBOS, Kai e MALARINO, Ezequiel. *Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional*, op. cit., p. 33.

habeas corpus concedido pelo Tribunal de Justiça, ratificado pelo Superior Tribunal de Justiça. O Procurador da República do MPF de São Paulo reconheceu a competência da Justiça Federal para julgar a causa, mas, citando precedente do STJ consuetâneo com a tradição jurídica do direito interno, afirmou que a decisão de arquivamento de inquérito policial, ainda que homologada por Justiça incompetente, faz coisa julgada. Afirmou ainda que, diversamente do que ocorre quando o arquivamento é deferido em razão da falta de elementos de prova, a decisão de arquivamento amparada na validade da Lei de Anistia é *res judicata* insuscetível de nova persecução penal¹¹³.

No direito comparado, a posição jurisprudencial amplamente majoritária afasta a incidência do *ne bis in idem* em crimes caracterizados como de lesa-humanidade. Os principais argumentos levantados são: (1) o âmbito de proteção da coisa julgada não se estende a processos nulos; (2) o âmbito de proteção da coisa julgada não se estende a crimes permanentes cuja consumação ainda não havia se encerrado quando do trânsito em julgado da decisão; (3) a proteção à coisa julgada é garantia constitucional de natureza principiológica e deve ceder em crimes contra a humanidade.

Exemplo do primeiro argumento pode ser encontrado em *Mazzeo* (2007), julgado pela Corte Suprema de Justiça argentina:

[D]icho principio [de proteção à coisa julgada] ha estado sujeto a algunas excepciones. Entre otras razones, el Tribunal entendió que la afectación a "...la seguridad jurídica, propia de las sentencias firmes...no debe ceder a la razón de justicia"... y que es conocido el principio conforme con el cual son revisables las sentencias fraudulentas o dictadas en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación. Y que no puede invocarse tal garantía cuando "...no ha habido un auténtico y verdadero proceso judicial, ni puede aceptarse que, habiendo sido

¹¹³“Não resta nenhuma dúvida de que decisão de arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de anistia produz coisa julgada material. Isso porque, assim como a prescrição, a anistia é causa de extinção da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal. A matéria é de mérito, sem dúvida, pois as causas de extinção da punibilidade geram como efeito jurídico a extinção do poder-dever de punir do Estado, poder-dever esse nascido quando da prática do crime. Nesse sentido, nos mesmos moldes do que ocorre com o arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de prescrição, e ao contrário do mero arquivamento por falta de provas, o arquivamento por reconhecimento da anistia transita em julgado, não se admitindo posterior reabertura da investigação. Em qualquer caso de extinção da punibilidade da qual não mais caiba recurso, o efeito jurídico deve ser o mesmo, produzindo-se a coisa julgada material. A intrigante questão que surge, neste passo, é se, em matéria penal, produz-se coisa julgada material se a decisão favorável ao investigado ou réu, aqui se tratando de decisão declaratória de extinção da punibilidade, é exarada por juízo ou tribunal incompetente. (...) A resposta a essa questão há de ser positiva, não se admitindo nova abertura da mesma investigação. O problema, na verdade, resume-se no conflito entre norma constitucional que prevê competência e norma constitucional que estabelece a inviolabilidade da coisa julgada. Esta última, sem dúvida, possui mais pujante força, por se tratar de garantia individual fundamental, alçada, inclusive, ao elevado patamar das cláusulas pétreas. Nesse contexto, e em se tratando de coisa julgada material em favor do investigado, não se pode senão considerá-la prevalente e válida, malgrado a incompetência exposta. A jurisprudência vem se orientando no mesmo sentido, conforme se pode verificar no seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: Processo: RHC 17389/SE ROHC 2005/0034308”.

establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también aquellos supuestos en [que] los que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio... [S]in perjuicio de dar prioridad a las autoridades nacionales para llevar a cabo los procesos, si tales procesos locales se transforman en subterfugios inspirados en impunidad, entra a jugar la jurisdicción subsidiaria del derecho penal internacional con un nuevo proceso.

O argumento (3) ocupa posição proeminente na jurisprudência argentina¹¹⁴, colombiana¹¹⁵ e peruana de justiça de transição. O Tribunal Constitucional peruano, no

¹¹⁴Cf. p.ex. os seguintes julgados: CSJN. *Mazzeo, cit.* (“[L]a idea de que la excepción de cosa juzgada debe impedir de manera absoluta y *ab initio* toda discusión es falsa... [F]undamentalmente, la percepción del carácter absoluto del instituto de la cosa juzgada como impedimento de toda revisión de la misma materia no es universal... [T]radicionalmente en otras legislaciones la posibilidad de discutir la corrección del procedimiento por el cual se llegó a una sentencia firme es indudable. A la cosa juzgada se le oponen otros valores que, en ciertos casos son finalmente considerados superiores y que la hacen ceder, aun cuando fueran contrarios al valor de la estabilidad de las decisiones... [S]i bien un instituto como el que se explicará brevemente es ajeno al ordenamiento procesal local, normas internacionales (contractuales e imperativas) que forman parte del orden jurídico nacional (...) han producido una situación normativa, mucho más amplia que lo previsto en el Código Procesal Penal, que ha cambiado el cuadro de situación de la cosa juzgada en el ámbito de los delitos de lesa humanidad. El cambio en este esquema puede ser explicado a través de la contraposición entre concepciones diferentes acerca de cómo deben componerse el valor de la estabilidad de las decisiones en materia penal (especialmente con relación a la consecuencia más importante en este ámbito, el principio *ne bis in idem*) y el valor de la averiguación de una verdad material”); e CSJN. *Menéndez*. Sentença de 12/06/2008 (“Los principios que, en el ámbito nacional, se utilizan habitualmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y *ne bis in idem* no resultan aplicables respecto de delitos contra la humanidad porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y por ende no admiten, que esta obligación cese por el transcurso del tiempo, amnistías o cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche.”).

¹¹⁵Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-004/03. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 220 numeral 3º parcial de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, sentença de 20.01.2003 (“[L]a Corte considera que es necesario distinguir entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario. Esa diferenciación no es caprichosa sino que se funda en una constatación obvia (...): entre más grave sea un hecho punible, mayor debe ser el compromiso del Estado por investigarlo y sancionar a los responsables, a fin de lograr la vigencia de un orden justo (...) Esta diferencia entre, de un lado, los hechos punibles en general y, de otro lado, las violaciones de derechos humanos y las infracciones graves del derecho internacional humanitario tiene además sustento en el derecho internacional de los derechos humanos. (...) [L]a distinción entre, de un lado, los delitos en general y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario adquiere relevancia en el examen de la proporcionalidad de las expresiones acusadas. Esto significa que la impunidad de dichas violaciones es mucho más grave e inaceptable, no sólo por la intensidad de la afectación de la dignidad humana que dichos comportamientos implican, sino además porque la comunidad internacional, en virtud del principio de complementariedad, está comprometida en la sanción de esas conductas. Entra pues la Corte a examinar, conforme a la anterior distinción entre, de un lado, los hechos punibles y, de otro lado, las violaciones a los derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario, la proporcionalidad de las restricciones impuestas a la acción de revisión por las expresiones acusadas. (...) Esta impunidad es aún más grave si ella puede ser atribuida al hecho de que el Estado colombiano incumplió con su deber de investigar, en forma seria e imparcial, esas violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, a fin de sancionar a los responsables. En tales condiciones, la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, *incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada*. La razón es que una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas. Por consiguiente, en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem*. (...) [L]a Corte recuerda que en todo caso la seguridad jurídica, la fuerza de la cosa juzgada, y la protección contra el doble

caso *Santiago Martín Rivas*, de 2005¹¹⁶, adoptó los argumentos (1) e (3):

Dado que la exigencia primaria y básica de la dimensión procesal del *ne bis in idem* es impedir que el Estado arbitrariamente persiga criminalmente a una persona por más de una vez, el Tribunal considera que tal arbitrariedad no se genera en aquellos casos en los que la instauración y realización de un proceso penal se efectúa como consecuencia de haberse declarado la nulidad del primer proceso, tras constatarse que éste último se realizó por una autoridad jurisdiccional que carecía de competencia *ratione materiae* para juzgar un delito determinado. Y es que la garantía al interés constitucionalmente protegido por este derecho no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido. (...) [E]l Tribunal Constitucional considera que ello demuestra palmariamente que sí hubo ausencia de una voluntad estatal destinada a investigar y sancionar con penas adecuadas a la gravedad de los delitos cometidos a los responsables de los hechos conocidos como "Barrios Altos". Siendo ello así, cabe señalar que si bien el Poder Legislativo tiene la atribución de ejercer el derecho de amnistiar (...), lo que produce los efectos de la *cosa juzgada* (...), ello no significa que el Congreso pueda cobijar en las leyes de amnistía a delitos de lesa humanidad – como el secuestro, tortura y ejecución sumaria de personas, por ejemplo (...) En mérito de ello, el Tribunal considera que (...) son nulas las resoluciones judiciales dictadas con el propósito de garantizar la impunidad de la violación de derechos humanos cometida por los integrantes del denominado *Grupo Colina*. En su condición de resoluciones judiciales nulas, ellas no dan lugar a la configuración de la *cosa juzgada constitucional* (...) Por otro lado, por lo que se refiere a la delimitación de aquellos supuestos no protegidos por la dimensión procesal del *ne bis in idem*, este Tribunal debe de recordar que el contenido constitucionalmente protegido de todo derecho no puede extraerse únicamente en atención al significado de las palabras con las

enjuiciamiento, son valores de rango constitucional, que ameritan una especial protección jurídica, y por ello la sentencia integradora que sea proferida debe prever también garantías a fin amparar en forma suficiente esos valores constitucionales. Es pues indispensable que el ordenamiento impida la reapertura caprichosa de procesos que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Ciertas cautelas y protecciones formales en beneficio del procesado resultan entonces imprescindibles. En tal contexto, esta Corporación considera que en los casos de negligencia protuberante del Estado en brindar justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, para que proceda la revisión, sin que aparezca un hecho nuevo o una prueba no conocida al tiempo del proceso, es necesario que exista una declaración de una instancia competente que constate que el Estado incumplió en forma protuberante con la obligación de investigar seriamente esa violación. A fin de asegurar una adecuada protección a la persona absuelta, la constatación de esa omisión de las autoridades deberá ser adelantada por un organismo imparcial e independiente, y por ello, en el plano interno, dicha declaración sólo puede ser llevada a cabo por una autoridad judicial.”)

¹¹⁶Tribunal Constitucional del Perú. Santiago Martín Rivas. Exp. n. 4587-2004-AA/TC. Decisión de 29.11.2005.

cuales una disposición constitucional enuncia un determinado derecho fundamental; esto es, atendiendo sólo a su formulación semántica, sino en atención al *telos* o finalidad que con su reconocimiento se persigue. Una finalidad que, por cierto, no se reconduce solamente a la que es propia del momento histórico en el que se produce el reconocimiento del derecho, sino también –y acaso especialmente– tomando en cuenta las nuevas e imperiosas necesidades del hombre actual. (...) En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que si con el *ne bis in ídem* se persigue impedir el ejercicio *arbitrario* del *ius puniendi* estatal, no todo doble enjuiciamiento penal que el Estado pueda realizar contra un individuo se encuentra automáticamente prohibido. Dentro de sus límites internos, esto es, aquello que queda fuera de su ámbito protegido, se encuentran aquellos supuestos en los que el doble juzgamiento no es compatible con los intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho, ya sea porque es extraño o ajeno a aquello que éste persigue garantizar; porque forma parte del contenido constitucionalmente protegido de otro derecho fundamental, o porque así resulta de su interpretación con otras disposiciones constitucionales que contienen fines constitucionalmente relevantes.

Exemplo do segundo argumento (inaplicabilidade da coisa julgada a crimes permanentes ainda não consumados) pode ser encontrado em *Videla*:

Si bien la justicia ya se ha pronunciado sobre dichos acontecimientos históricos, también debe evaluarse qué alcance ha tenido el juzgamiento de esos casos atento a la clase de delito de que se trata. Sobre el punto, es dable aclarar que --como viene sosteniendo esta Cámara-- debe estarse al criterio tradicionalmente acogido por la doctrina en el sentido de que en los casos de delitos continuados o permanentes, la garantía del *ne bis in ídem* solamente abarca al tramo delictivo que se extiende hasta que la sentencia dictada en el proceso en el que son juzgados queda firme, no abarcando al tramo posterior a la firmeza de tal resolución. (...) Así, los actos posteriores al fallo firme "...no ingresan en la clausura que provoca el principio *ne bis in ídem*, pues ni siquiera de manera hipotética pudieron estar abarcados por él. Sólo esos actos pueden provocar una nueva persecución penal y una nueva decisión, y restará decidir, en caso de dos condenas, de qué manera se puede obtener la sentencia única o la pena única.

7. Conclusão: um “direito penal diferenciado” para graves violações a direitos humanos?

Os difíceis problemas criminais aqui mencionados não são mero exercício de imaginação acadêmica: no Ministério Público Federal ao menos quinze investigações foram instauradas com o escopo de apurar crimes cometidos durante o regime militar; em São Paulo houve a homologação judicial do arquivamento de três delas com fundamento em teses aqui discutidas. A Câmara Criminal da Procuradoria Geral da República, por outro lado, deixou de homologar arquivamento de procedimento criminal, já invocando, dentre outros motivos, a sentença da Corte IDH no caso *Gomes Lund*. Seguramente novas sentenças internacionais condenatórias sobre crimes cometidos durante a ditadura são esperadas nos próximos anos e o Estado brasileiro – leia-se: o Ministério Público, o Judiciário e o Poder Executivo – deverão no final das contas decidir se promoverão a persecução penal dos crimes cometidos durante o regime militar ou se deixarão o país na incômoda posição de único membro do sistema interamericano a garantir impunidade a crimes contra a humanidade assim reconhecidos pela comunidade das nações.

Desde o final da Segunda Guerra, como se sabe, o direito internacional dos direitos humanos vem buscando dar efetividade - através de tratados, declarações, relatórios, recomendações e, mais recentemente, de decisões judiciais vinculantes – à ideia de que a pessoa é sujeito de direitos e obrigações internacionais e que, por essa razão, nem a proteção de seus direitos, nem a persecução dos crimes por ela cometidos, estão adstritas à soberania estatal. Como consequência: a) os autores de certos crimes, definidos no direito costumeiro ou em tratados, estão sujeitos à jurisdição universal e devem ser investigados e levados a julgamento preferencialmente nos sistemas estatais de justiça; e b) não se aplicam a esses crimes as causas gerais de exclusão da punibilidade (prescrição, anistia, *ne bis in idem*), da ilicitude (discussão sobre a antijuridicidade, no caso dos sentinelas do muro de Berlim), e eventualmente da própria tipicidade (caso *Prosecutor v. Sam Hinga Norman*, supra citado).

O Estado brasileiro democrático está comprometido com as posições adotadas pelo direito internacional dos direitos humanos não apenas por causa dos arts. 4º e 5º, §§ 3º e 4º, da Constituição e 7º do Ato de suas Disposições Transitórias, mas porque, sobretudo desde os anos 1990, vem progressivamente obrigando-se a isso perante a sociedade das nações. A abertura do país ao sistema internacional obriga as autoridades estatais envolvidas na persecução penal a, *no mínimo*, não menosprezar a significativa mudança

ocorrida nos sistemas de justiça criminal a partir dos anos 1970, no que se refere ao reconhecimento de que as vítimas de crimes, individual ou coletivamente consideradas, são titulares de interesses legítimos na esfera penal, e que o Estado, por sua vez, é titular de obrigações positivas voltadas a garantir a efetiva punição de condutas atentatórias a certos direitos reconhecidos pelo *jus gentium*¹¹⁷. A mudança - responsável em parte pelo caráter expansivo do direito penal em certas matérias (v.g. a proteção a mulheres e crianças através de leis criminalizadoras) – introduz um terceiro elemento à tradicional polarização vigente desde o liberalismo, entre *interesses do acusado vs. interesses da persecução penal estatal*, retirando a vítima, assim, da condição de mero objeto de prova e de titular de interesses puramente patrimoniais, para atribuir-lhe *status* de titular de direitos procedimentais¹¹⁸ e de direito penal material. Infelizmente essa mudança não foi captada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da *ADPF 153*, uma vez que, consentânea com os *standards* liberais do direito penal vigente, a decisão judicial não atribui às vítimas dos desaparecimentos forçados, torturas e execuções sumárias cometidas durante o regime militar - nenhum interesse legítimo no que se refere à persecução dos autores dos delitos, nem mesmo em relação àqueles que ainda estão em curso, tais como a ocultação dos cadáveres.

A acomodação entre a tendência internacional ao fortalecimento dos mecanismos de repressão estatal a certos crimes e os sistemas locais de justiça, (sobretudo em países que ainda enfrentam graves violações a direitos de réus e presos, como o Brasil e outros países da América Latina), contudo, é particularmente difícil pois as atribuições vinculadas à persecução penal de crimes “internacionais” é primariamente atribuída a Estados nacionais forjados pelos princípios liberais da legalidade, da proteção à coisa julgada e da proibição da retroatividade *in malam partem*, todos voltados à limitação dos poderes estatais em matéria criminal. É necessário reconhecer nesse aspecto a existência de inegáveis contradições e lacunas nas soluções jurídicas oferecidas pelos tratados e sentenças internacionais no assunto. Particularmente o *case law* da Corte IDH não prima pela clareza conceitual, sobretudo no que se refere à identificação de *quais condutas*

¹¹⁷No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, Mykola Sorochinsky sugere que os seguintes eventos facilitaram essa mudança de percepção sobre o direito penal: a) a adoção da Declaração dos Princípios de Justiça para Vítimas, pela ONU (1985); b) os desafios da justiça de transição nas democracias latino-americanas; e c) o desenvolvimento geral do conceito de obrigações estatais positivas no direito internacional dos direitos humanos (“Prosecuting Tortures, Protecting ‘Child Molesters’: Towards a Power Balance Modelo of Criminal Process for International Human Rights Law”. 31 Mich. J. Int’l L. 157, 181-2, 2009, pp. 181-182).

¹¹⁸O dever de assegurar que os pontos de vista e preocupações da vítima sejam apresentadas e consideradas em procedimentos criminais, previsto nas seguintes convenções internacionais: Convenção contra a Tortura, Protocolo Facultativo sobre Prostituição Infantil e Pornografia Infantil à Convenção sobre os Direitos da Criança; Protocolo para Prevenir, Suprimir e Punir o Tráfico de Pessoas; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado; e a Convenção Interamericana sobre Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra Mulheres.

efetivamente constituem “*graves violações a direitos humanos*” para fins de responsabilização internacional. Mais do que a punição de torturadores do passado, a imprecisão conceitual pode dar azo a regimes penais de exceção para justificar opções governamentais que não são objeto de amplo consenso internacional, caso, por exemplo, da política *War on Drugs*, adotada pelos EUA.

Além disso, tanto nos tribunais penais internacionais quanto no sistema interamericano é visível a ênfase dada a outros fins da pena que não a prevenção geral. Mais especificamente, a compensação às vítimas e a necessidade de se combater a impunidade de graves violações a direitos humanos são mencionadas com frequência na fundamentação de sentenças internacionais. Os riscos temidos pelos que defendem posições mais garantistas são o retrocesso a concepções puramente retributivas de direito penal e o sacrifício das garantias fundamentais da pessoa contra o arbítrio estatal. Não obstante a legitimidade das preocupações externadas, é preciso registrar que no mundo contemporâneo a repressão internacional ou estatal a crimes contra a humanidade dificilmente poderia ser qualificada como excessiva ou arbitrária. O problema, registra Schaack, é precisamente o oposto, ou seja, a tibieza do sistema de punição, o que justificaria a relativização das regras que possam conduzir à impunidade, em um esforço para impulsionar um sistema de maior responsabilização¹¹⁹.

Não obstante, as decisões judiciais internacionais e de direito comparado referidas neste artigo claramente demonstram o compromisso dos outros Estados membros da comunidade internacional em levar adiante o dever jurídico de investigar e sancionar as violações de direitos humanos usualmente definidas como crimes contra a humanidade, dentre elas a tortura, as execuções sumárias e o desaparecimento forçado de pessoas. A jurisprudência comparada também aponta para a relativização das garantias liberais da irretroatividade da lei penal prejudicial, da legalidade e da proteção à coisa julgada, como medida indispensável à persecução das sistemáticas violações de direitos humanos cometidas durante regimes de exceção. Essa “relativização” opera em geral dos seguintes modos: a) pelo afastamento do âmbito de incidência das garantias penais do investigado em razão de interpretação dada às normas internacionais que incidiriam sobre os fatos (argumento de que o *jus cogens* internacional à época já considerava os crimes insuscetíveis de prescrição e anistia); b) pelo afastamento do âmbito de incidência das garantias em razão da impossibilidade de exercício da persecução penal em regimes políticos de exceção ou em razão da nulidade dos atos de exoneração do crime e de sua punibilidade; c) pela afirmação da natureza principiológica das garantias em questão, as

¹¹⁹SCHAACK, *op. cit.*, p. 26.

quais conteriam, portanto, apenas “mandamentos de otimização” sujeitos à colisão com outros princípios, dentre os quais o direito das vítimas à reparação, inclusive por meio da repressão penal, e o compromisso internacional do Estado brasileiro de que certas condutas não fiquem impunes. Uma variante a essa posição, mais segura do ponto de vista jurídico, seria a inserção, sugerida por Alexy, de uma “cláusula de exceção” às garantias, tidas como regras, e não como princípios.

Outra questão bastante tormentosa refere-se à definição dos crimes conexos, se e quais deles serão objeto de investigações e processos criminais. Casos, por exemplo, como o do médico-legista José Antonio de Mello, réu em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal de São Paulo, e autor do Laudo de Exame de Corpo de Delito de Manoel Fiel Filho que apontou como *causa mortis* “*asfixia mecânica por estrangulamento*”, serão investigados ou estão prescritos?

A discussão de fundo do caso Gomes Lund diz respeito à compatibilização dos sistemas nacionais de justiça criminal com as demandas colocadas pela comunidade internacional no que se refere à efetiva repressão a graves violações a direitos humanos. Talvez não seja propriamente o caso de se falar em um “direito penal diferenciado”, como classifica Malarino¹²⁰, mas certamente a sentença do caso *Gomes Lund* obriga o sistema de justiça criminal no Brasil a rever seus paradigmas tradicionais pois, caso contrário, novas responsabilizações internacionais são esperadas. O aprofundamento dos estudos dos casos judicializados em outros países do continente e uma discussão teórica sobre os limites e possibilidades do uso do direito penal na proteção a direitos humanos podem se revelar proveitosos na busca de soluções compatíveis com nossa tradição jurídica.

São Paulo, setembro de 2011.

¹²⁰ *Idem.*