
Logotipo international center for
TRANSITIONAL
JUSTICE

Centro Internacional para la Justicia Transicional

Parecer técnico sobre a natureza
dos crimes de lesa-humanidade,
a imprescritibilidade de alguns
delitos e a proibição de
anistias

*Solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da
República em São Paulo/SP pelo Ofício n° PR/SP – GABPR12
- EAGF – 352/2008 de 04 de julho de 2008.
Procedimento n°1.34.001.008495/2007*

Juan Méndez, Presidente
Gilma Tatiana Rincón Covelli, Assessora Jurídica

5 Hanover Square, 24th Floor,
New York NY
1004-2614
Estados Unidos da América

Tel + 1 917 637 3800
Fax + 1 917 637 3900

www.ictj.org

Nova Iorque, setembro de 2008.

Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias

O Centro Internacional para la Justicia transicional (ICTJ) [*Centro Internacional para a Justiça Transicional*] é uma organização não governamental que oferece assistência a sociedades que enfrentam um legado de violações dos direitos humanos. O Centro trabalha em países que superaram regimes repressivos ou conflitos armados, bem como em qualquer lugar onde as situações continuam sem solução. O ICTJ responde a pedidos de grupos da sociedade civil, governos e organizações internacionais e oferece informação comparada, análise sobre políticas públicas e assistência legal e técnica. Na visão do ICTJ não existem iniciativas de justiça transicional idênticas. Por meio de missões nacionais e da comunicação contínua com seus parceiros locais, o centro oferece assessoria e apoio a instituições dedicadas à justiça, à busca da verdade, ao desenvolvimento de programas de reparação e à reforma das instituições responsáveis por violações dos direitos humanos.

Neste âmbito e com o intuito de responder a uma série de questões formuladas por agentes do Ministério Público Federal da República do Brasil, o ICTJ realizou um estudo do aspecto normativo e jurisprudencial mais pertinente referente à natureza dos crimes de lesa-humanidade e o tratamento devido a estes crimes em ordenamentos internos. Da mesma forma, é consignada uma série de considerações referentes às anistias derivadas da doutrina e da jurisprudência. (*Para facilitar a referência à solicitação que gera este parecer técnico, seu texto completo está incluído como anexo*).

Em sua abordagem, os temas indicados em cada uma das perguntas são agrupados da seguinte forma: a) Crimes considerados crimes de lesa-humanidade¹; b) A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade², e c) A proibição das leis de anistia em relação aos crimes de lesa-humanidade e com graves violações de direitos humanos³. Em cada um dos temas são sugeridas as respostas às respectivas perguntas.

De acordo com as fontes do direito internacional, o esquema seguido para abordar cada tema é o seguinte⁴: i) referência a instrumentos internacionais considerados pertinentes: ii)

¹ Tema indicado nas perguntas 1 e 2.

² Tema indicado nas perguntas 3, 4 e 5.

³ Tema indicado nas perguntas 6, 7 e 8.

⁴ Sobre as fontes do direito internacional, pode-se ver CIJ, Estatuto, Artigo 38. Este artigo corresponde ao Artigo 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. A Comissão Internacional de Justiça indicou, no tocante à distinção entre direito convencional e costume internacional, que ela não deve ser interpretada de forma rígida. O costume internacional pode adquirir força convencional quando é incorporado em acordos bipartidos ou multipartidos entre Estados. Igualmente, convenções multipartidas assinadas, mas ainda não vigentes, podem ser consideradas como uma evidência do costume internacional. Ver: International Law Commission, *Ways and means for making the evidence of customary international law more readily available*, Report, 1950. § 29.

referência ao costume internacional e a princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas; iii) pronunciamentos de órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo observações gerais, observações e recomendações a países, relatórios gerais; iv) decisões em casos individuais proferidas por órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos; v) conclusões sugeridas.

Na identificação dos instrumentos internacionais pertinentes e dos pronunciamentos e decisões dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, considerou-se especialmente que o Brasil é um Estado membro tanto do sistema universal como do sistema interamericano dos direitos humanos.⁵

1. Crimes considerados crimes contra a humanidade ou crimes de lesa-humanidade.

A definição de *crimes contra a humanidade* é relevante para responder às seguintes perguntas:

1. À luz da jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos e dos conceitos firmados pelas Nações Unidas e seus tribunais, podemos caracterizar os crimes de seqüestro e homicídio acima referidos, praticados por agentes estatais na repressão à dissidência política no Brasil, como crimes contra a humanidade?
2. Os crimes de falsidade ideológica e de ocultação de cadáver, praticados pelos mesmos agentes no mesmo contexto e que resultaram em suprimir dos familiares da vítima o direito de enterrá-la, podem ser caracterizados como crimes contra a humanidade?

Atendendo ao conteúdo das perguntas, se fará referência à definição que foi adotada tanto em instrumentos das Nações Unidas⁶ e em decisões dos tribunais penais internacionais, como nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Depois destas referências, serão feitas várias considerações a fim de responder às perguntas.

⁵ O Brasil ratificou os seguintes tratados: 1) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992, entrando em vigor em 24 de abril de 1992 (Brasil não é Estado Parte do Protocolo Facultativo do Pacto); 2) Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989 (Brasil é Estado Parte do Protocolo Facultativo da Convenção, ratificado em 12 de janeiro de 2007); 3) Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, em 15 de abril de 1952. Brasil assinou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas do Desaparecimento Forçado, em 6 de fevereiro de 2007, sem ratificação. No sistema interamericano, o Brasil ratificou os seguintes tratados: 1) Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 09 de julho de 1992, aceitando a competência da Corte Interamericana em 1998, com esta declaração: “Reconhecimento de competência”: “O Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de acordo com seu artigo 62, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta Declaração”; 2) Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referente à Abolição da Pena de Morte, assinado em 07 de junho de 1994 e ratificado em 31 de julho de 1996; 3) Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, assinada em 24 de janeiro de 1986 e ratificada em 09 de junho de 1989; 4) Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, assinada em 10 de junho de 1994, sem ratificação; 5) Protocolo de São Salvador, ratificado em 08 de agosto de 1996; 6) Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Deficientes, assinada em 08 de junho de 1999 e ratificada em 17 de julho de 2001; 7) Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, “Convenção de Belém do Pará”, assinada em 09 de junho de 1994 e ratificada em 16 de novembro de 1995.

1.1 Definição do conceito de crimes de lesa-humanidade em vários instrumentos das Nações Unidas e em decisões dos tribunais penais internacionais e mistos.

Ainda quando os crimes de lesa-humanidade ou crimes contra a humanidade tenham sido reconhecidos em instrumentos e documentos anteriores⁷ e seus elementos tenham sido articulados no Estatuto do Tribunal de Nuremberg⁸, são definidos, pela primeira vez, em termos gerais, nos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal de Nuremberg de 1950 (doravante, os “Princípios de Nuremberg”)⁹. Isto é, à época da ditadura militar no Brasil (1964 a 1985) e de fatos transcorridos enquanto durou, constitutivos de graves violações de direitos humanos¹⁰, os Princípios de Nuremberg já haviam sido aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas. Estes Princípios reúnem e confirmam o status de direito imperativo ou *ius cogens*, que já tinha, para esse momento, a proibição dos crimes contra a humanidade.¹¹

De acordo com esses Princípios, são puníveis como crimes sob as leis internacionais os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, entendendo-se por estes últimos:

[o] assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato inumano contra a população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ou perseguições ocorram em conexão com qualquer crime contra a paz ou em qualquer crime de guerra.¹²

Em seus comentários a estes Princípios, a Comissão de Direito Internacional especificou, em 1950, que, em relação aos crimes contra a humanidade, distinguem-se duas categorias de atos puníveis: a) Assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos inumanos

⁶ Assume-se aqui a noção de instrumentos internacionais tal e como definida pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas: “A noção de instrumentos internacionais é mais ampla que a de tratados, visto que inclui os atos unilaterais de organizações internacionais e os instrumentos concordados não convencionais, além dos tratados propriamente ditos”. Comissão de Direitos Humanos, *Aplicação universal dos tratados internacionais de direitos humanos. Relatório preliminar preparado pelo Sr. Emmanuel Decaux, Relator Especial encarregado da realização de um estudo detalhado sobre a aplicação dos instrumentos internacionais de direitos humanos*, E/CN.4/Sub.2/2004/8, 6 de julho de 2004, § 7)

⁷ Uma sistematização destes instrumentos e documentos pode ser encontrada em: ICTY, *The Prosecutor vs. Duko Tadic*, Case Nº IT-94-1-T, Opinion and Judgment, 7 may 1997; § 618.620; ICTU, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, Case Nº ICTR-96-4-T, Judgment, 2 september 1998, § 565-566; Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros x. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C Nº 154, § 94-95.

⁸ Sobre esta primeira articulação dos elementos do crime de lesa-humanidade no Estatuto do Tribunal de Nuremberg, pode-se ver o proferido pela Corte IDH no *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, § 96.

⁹ Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal de Nuremberg. Aprovados pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas e apresentados à Assembléia Geral, 31 de dezembro de 1950.

¹⁰ A respeito do Brasil. Lei nº 9.140/95; Brasil. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à Memória e à Verdade*, 2007.

¹¹ Sobre a situação pode-se ver o proferido pelo ICTY, no caso *Prosecutor vs. Duko Tadic*, cit., § 622; e o proferido pela Corte IDH, no caso *Caso Almonacid Arellano e outros x. Chile*, cit., § 99.

¹² Princípios de Nuremberg, Princípio VI.

cometidos contra a população civil; b) Persecução por motivos raciais, políticos ou religiosos. A Comissão fez mais duas especificações: a primeira, que os crimes contra a humanidade podem ocorrer antes e durante uma guerra; e, a segunda, que os crimes contra a humanidade são cometidos contra qualquer população civil, incluída a população do próprio perpetrador.¹³

A posteriori dos Princípios de Nüremberg, o conceito de crimes contra a humanidade teve uma evolução que se refletiu, entre outros, nos Estatutos e nas decisões dos tribunais penais internacionais.¹⁴ É importante levar em conta que, embora, como se verá mais adiante, alguns dos elementos que compõem o conceito de crime de lesa-humanidade tenham sofrido diversas alterações nos Estatutos dos tribunais penais internacionais, mantiveram-se inalterados três elementos: i) o caráter e a natureza de atos inumanos que envolvam os atos integrantes da categoria; ii) a enunciação não taxativa da enumeração dos atos, para atender fundamentalmente ao caráter e à natureza de inumanidade; e iii) que estes atos inumanos são dirigidos contra a população civil. Este terceiro elemento acarreta, como ressaltado pelos tribunais penais internacionais e mistos, um quarto elemento, o de generalidade ou sistematicidade dos atos, independentemente de que o mesmo seja ou não indicado expressamente nos respectivos Estatutos.

É igualmente importante considerar que, antes da adoção dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda e do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, foram adotadas, no seio das Nações Unidas, Convenções que qualificaram expressamente vários atos como delitos segundo o direito internacional¹⁵ ou delitos contra a humanidade¹⁶ ou que estabeleceram a obrigação de tratá-los como delitos nos direitos internos¹⁷. Estes atos foram expressamente reunidos, junto a outros, nos Estatutos dos tribunais penais internacionais e mistos, como atos que, devido a determinadas condições, constituem delitos contra a humanidade.

Assim o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia¹⁸ considera como crimes contra a humanidade, no âmbito da competência do Tribunal, os seguintes crimes, quando cometidos no decorrer de um conflito armado, de caráter internacional ou interno,

¹³ ONU, Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, Documents of the Second Session including the Report of the Commission to the General Assembly, New York, 1957, Report of the Commission of the General Assembly, Part III Formulation of de Nüremberg Principles, pp. 374-378, § 120-124.

¹⁴ Para a evolução do conceito em tribunais que atuaram com jurisdição nacional, pode-se ver ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit. § 567-576.

¹⁵ A Convenção para a Prevenção e a Punição do Delito de Genocídio, adotada em 09 de dezembro de 1948 e vigente em 12 de janeiro de 1951, qualifica o genocídio em seu Artigo I como “delito de direito internacional”.

¹⁶ A Convenção Internacional sobre a Repressão e o Castigo do Crime de Apartheid, aprovada em 30 de novembro de 1973 e vigente em 18 de julho de 1976, qualifica, em seu Artigo I, o apartheid como “crime de lesa-humanidade” e os atos inumanos resultantes das políticas e práticas de apartheid e as políticas e práticas análogas de segregação e discriminação racial, definidas no artigo II da Convenção, como “crimes que violam os princípios do direito internacional, particularmente os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, e que constituem uma séria ameaça à paz e à segurança internacionais.”

¹⁷ Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes, adotada em 10 de dezembro de 1984 e vigente em 26 de junho de 1987.

¹⁸ ONU, Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, February 2006.

e dirigidos contra qualquer população civil: a) Assassinato; b) Extermínio; c) Redução à servidão; d) Deportação; e) Encarceramento; f) Tortura; g) Violações; h) Perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos; i) Outros atos inumanos.¹⁹

Por sua vez, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁰ estabelece como crimes contra a humanidade, no âmbito da competência do Tribunal, os seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, com fundamento em motivos de nacionalidade, políticos, étnicos, raciais ou religiosos: a) Assassinato; b) Extermínio; c) Redução à servidão; d) Deportação; e) Encarceramento; f) Tortura; g) Violações; h) Perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos; i) Outros atos inumanos.²¹

Também o Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa²² contempla como crimes contra a humanidade, no âmbito de sua competência, os seguintes crimes, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil: a) Assassinato; b) Extermínio; c) Redução à servidão; d) Deportação; e) Encarceramento; f) Tortura; g) Violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e outras formas de violência sexual; h) Perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos; i) Outros atos inumanos.²³

Finalmente, de acordo com o Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (doravante, o “Estatuto de Roma”), entende-se por “crime de lesa-humanidade” qualquer dos seguintes atos, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil, com conhecimento desse ataque: a) Assassinato; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou traslado forçado de população; e) Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, infringindo normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Violação, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo político ou coletividade com identidade própria com fundamento em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero definido no parágrafo 3, ou outros motivos universalmente reconhecidos como inaceitáveis de acordo com o direito internacional, em conexão com qualquer ato mencionado no presente parágrafo ou com qualquer crime de competência da Corte; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) O crime de apartheid; k) Outros atos inumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física.²⁴

Em sua sentença no *Caso Dusko Tadic*, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante, “o ICTY”) considerou como elementos do crime contra a humanidade os seguintes: i) ao tratar-se de atos dirigidos contra a população civil; ii) ao tratar-se de atos com ocorrência sistemática ou generalizada; iii) ao tratar-se de atos com propósito

¹⁹ Cf. Artigo 5.

²⁰ ONU, Basic Documents, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 2007.

²¹ Cf. Artigo 3.

²² Agreement between the United Nations and the Government of Serra Leone pursuant to Security Council resolution 1315 (2000) for 14 August 2000.

²³ Cf. Artigo 2.

²⁴ Cf. Artigo 7.1

discriminatório ou com fundamento em motivos discriminatórios; iv) que estes atos respondam a uma política ou do Estado ou de organizações; e v) atos em que o perpetrador

tenha conhecimento do contexto sistemático ou generalizado no qual acontece o ato. Adicionalmente, e de acordo com a competência atribuída ao ICTY por seu Estatuto, estes atos deviam ser cometidos em um conflito armado.²⁵

Por sua vez, na sentença no *Caso Akayesu*, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (doravante, “o ICTR”), com base no Artigo 3 de seu Estatuto, no artigo 7 do Estatuto de Roma e na evolução do conceito, considerou que a categoria de crimes contra a humanidade poderia ser decomposta em quatro elementos:

- (i) the act must be inhumane in nature and character, causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health;
- (ii) the act must be committed as part of a wide spread or systematic attack;
- (iii) the act must be committed against members of the civilian population;
- (iv) the act must be committed on one or more discriminatory grounds, namely, national, political, ethnic, racial or religious grounds.²⁶

O ICTR também considerou que o conceito de *generalizado* poderia ser definido como “massive, frequent, large scale action, carried out collectively with considerable seriousness and directed against a multiplicity of victims”. E que o conceito de sistemático podia ser definido como:

as thoroughly organized and following a regular pattern on the basis of a common policy involving substantial public or private resources. There is no requirement that this policy must be adopted formally as the policy of a state. There must however be some kind of preconceived plan or policy.²⁷

O ICTR também especificou, em relação à noção de “outros atos inumanos” constante do Artigo 3 de seu Estatuto, que:

[a]lthough the category of acts that constitute crimes against humanity are set out in Article 3, this category is not exhaustive. Any act which is inhumane in nature and character may constitute a crime against humanity, provided the other elements are met.²⁸

Na sentença do *Caso Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, o Tribunal Especial para Serra Leoa (doravante, “o SCSL”) por sua vez considerou como elementos do crime contra a humanidade os seguintes: i) deve haver um ataque; ii) o ataque deve ser generalizado ou sistemático; iii) o ataque deve ser dirigido contra a população civil; iv) os atos do perpetrador devem fazer parte do ataque; e v) o perpetrador deve saber que seus atos fazem parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra a população civil.²⁹

²⁵ Cf. ICTY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, cit, § 627- 660.

²⁶ ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit, § 578.

²⁷ ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit, § 580. No *Caso Prosecutor vs. Dusko Tadic*, o ICTY indicou, também, em relação a estes dois conceitos, que: "It is therefore the desire to exclude isolated or random acts from the notion of crimes against humanity that led to the inclusion of the requirement that the acts must be directed against a civilian "population", and either a finding of widespreadness, which refers to the number of victims, or systematicity, indicating that a pattern or methodical plan is evident, fulfils this requirement", cit, § 648.

²⁸ ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit, § 585.

²⁹ Cf. SCSL, *The Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgement, 20 June 2007, § 214-223.

O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas indicou também, conforme o artigo 7 do Estatuto de Roma que, quando as infrações reconhecidas por delitos no direito internacional ou na legislação nacional, entre eles a tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou

degradantes, as privações de vida sumárias e arbitrárias e os desaparecimentos forçados, “são cometidos como parte de uma agressão generalizada ou sistemática contra a população civil, estas infrações do Pacto [Internacional de Direitos Civis e Políticos] constituem crime de lesa-humanidade”.³⁰

O Estatuto de Roma, da mesma forma que o Estatuto do Tribunal para Serra Leoa, não estabelece, como faz o Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, e como estabeleceu o ITY em sua jurisprudência, que o ataque generalizado ou sistemático contra a população civil deva estar fundamentado em determinados motivos discriminatórios. O que realmente estabelece o Estatuto de Roma é que o ataque deve responder a uma política de Estado ou de uma organização. O artigo 7.2.a do Estatuto diz o seguinte a esse respeito:

Por “ataque a uma população civil” se entenderá uma linha de conduta que implique o cometimento múltiplo dos atos mencionados no parágrafo 1 contra uma população civil, em conformidade com a política de um Estado ou de uma organização de cometer esse ataque ou para promover essa política”.³¹

Poderia considerar-se, então, à luz tanto dos Princípios de Nüremberg de 1950, como do Estatuto de Roma e da jurisprudência dos tribunais penais internacionais e mistos, que se está diante de um crime de lesa-humanidade quando: i) é cometido um ato inumano em sua natureza e caráter, o qual produz um grande sofrimento na vítima ou que causa danos à sua integridade física e/ou saúde física e/ou mental, ii) quando esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) quando esse ataque responde a uma política que – como se verá adiante – não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e iv) quando o ataque é dirigido contra população civil.

1.2 Definição do conceito de crimes de lesa-humanidade nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Em sua sentença no *Caso Almonacid Arellano e outros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “a Corte Interamericana” ou “a Corte”) considerou, na forma expressa no Estatuto do Tribunal de Nüremberg, que os crimes contra a humanidade “incluem o cometimento de atos inumanos, como o assassinato, perpetrados em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil. Basta que dentro do contexto descrito só um ato ilícito como os mencionados seja cometido, para que se produza um crime de lesa-humanidade”³². E diz também que a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade “é uma norma de *ius cogens*, e a penalização destes crimes é obrigatória de acordo com o direito internacional geral”.³³

A Corte considerou, portanto, que, para a data da execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano - ocorrida em setembro de 1973 –, “o cometimento de crimes de

³⁰ Cf. ONU, CCPR, Observação Geral 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 18.

³¹ Cf. Artigo 7.2.a).

³² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, cit. § 96.

³³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, cit. § 99

lesa-humanidade, incluído o assassinato executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, infringia uma norma imperativa do direito internacional”³⁴. Nesta medida, ao pronunciar-se sobre o caráter de crime de lesa-humanidade da execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano, a Corte assinalou o seguinte:

Como se depreende do capítulo de Fatos Provados [...], desde 11 de setembro de 1973 até 10 de março de 1990, Chile foi governado por uma ditadura militar que, dentro de uma política de Estado dirigida a causar medo, atacou massiva e sistematicamente os setores da população civil considerados opositores ao regime, mediante uma série de graves violações dos direitos humanos e do direito internacional, entre as quais são contadas pelo menos 3.197 vítimas de execuções sumárias e desaparecimentos forçados e 33.221 detidos, dos quais uma imensa maioria foi vítima de tortura [...]. Da mesma forma, a Corte teve a comprovação de que a época mais violenta de todo esse período repressivo correspondeu aos primeiros meses do governo de fato. Cerca de 57% de todas as mortes e desaparecimentos e 61% das detenções aconteceu nos primeiros meses da ditadura. A execução do senhor Almonacid Arellano ocorreu precisamente nesta época.

Em vista do anterior, a Corte considera que existe evidência suficiente para sustentar de forma razoável que a execução extrajudicial cometida por agentes estatais em prejuízo do senhor Almonacid Arellano, que era militante do Partido Comunista, candidato a secretário deste partido, secretário provincial da Central Unitaria de Trabajadores e dirigente gremial do Magistério (SUTE), sendo, por sua doutrina, considerado como uma ameaça, dentro de um padrão sistemático e generalizado contra a população civil, é um crime de lesa-humanidade.³⁵

No *Caso La Cantuta*, a Corte Interamericana referiu-se novamente aos crimes de lesa-humanidade ao considerar que “a execução extrajudicial e o desaparecimento forçado das supostas vítimas foram perpetrados em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra setores da população civil”³⁶. A jurisprudência da Corte Interamericana reúne, assim, os elementos do crime contra a humanidade indicados no ponto anterior. Isto é, de acordo com a Corte Interamericana se está diante de um crime contra a humanidade quando: i) comete-se um ato inumano em sua natureza e caráter; ii) quando esse ato é cometido como parte de um ataque sistemático ou generalizado; iii) quando esse ataque responde a uma política que não necessariamente deve haver sido adotada de maneira formal; e iv) quando o ataque é dirigido contra população civil. Adicionalmente, a Corte Interamericana foi expressa em assinalar que a partir do Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 ficou estruturada a noção de crime contra a humanidade e que a proibição de cometer tais crimes, como uma norma de *ius cogens*, ficou também acolhida neste Estatuto.

³⁴ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, cit. § 99.

³⁵ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, cit. § 103-104.

³⁶ Corte IDH, *Caso La Cantuta x Peru*, sentença de 29 de novembro de 2006, Série C, Nº 162, § 95.

1.3 O caráter de crimes contra a humanidade dos atos de homicídio, seqüestro, falsidade ideológica e ocultação de cadáveres cometidos durante o período da “ditadura militar” no Brasil.

Em relação aos atos assinalados na comunicação da Procuradora da República e do Procurador Regional da República, isto é, os atos de homicídio e seqüestros cometidos durante o período da ditadura militar por agentes de Estado do Brasil contra a oposição, e os atos de falsidade ideológica e ocultação de cadáver cometidos também durante o período da ditadura militar por agentes de Estado do Brasil, que impediriam os familiares das vítimas de enterrarem seus entes queridos, podem ser formuladas as seguintes considerações, atendendo tanto aos elementos da definição dos crimes contra a humanidade como dos atos considerados como tais pelos Princípios de Nüremberg e pelo Estatuto de Roma: i) o caráter inumano dos próprios atos; ii) a existência de um ataque sistemático ou generalizado; iii) a existência de uma política de Estado; e iv) a condição de população civil das vítimas contra as quais foram dirigidos esse ataque e cometidos os atos.

i) *O caráter inumano dos próprios atos.* Referiremo-nos, em relação a este primeiro elemento, aos seguintes atos: homicídio, seqüestro, falsidade ideológica e ocultação de cadáver. Adicionalmente, faremos algumas considerações sobre os atos de desaparecimento forçado.

O ato de *homicídio* é um dos atos inumanos expressamente contemplados no artigo 7.1.a do Estatuto de Roma – com a denominação de *assassinato* – como um ato que, devido às outras condições, constitui um crime de lesa-humanidade. Igualmente o Estatuto de Nüremberg – tal e como o lembrou a Corte Interamericana no *Caso Almonacid Arellano e outros* – e o Princípios de Nüremberg, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1950, consideram o assassinato como um crime contra a humanidade. Neste sentido, não caberia dúvida em considerar que, devido às outras condições (ataque sistemático ou generalizado contra a população civil como parte ou materialização de uma política de Estado), os assassinatos cometidos durante o período da ditadura militar por agentes de Estado constituem crimes contra a humanidade.

Em relação ao ato de *seqüestro*, embora não expressamente assinalado como tal nem nos Princípios de Nüremberg nem no Estatuto de Roma, dito Estatuto faz referência expressa no artigo 7.1.e ao “encarceramento ou outra privação grave da liberdade física infringindo normas fundamentais de direito internacional”. Igualmente, os Princípios de Nüremberg contemplam abertamente como crime contra a humanidade “outro ato inumano contra a população civil”, e o Estatuto de Roma aponta, no mesmo sentido, no item k do artigo 7, que constituem delitos contra a humanidade, devido a outras condições, “outros atos inumanos de caráter similar que causem intencionalmente grandes sofrimentos ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física”. Neste sentido, ainda quando os elementos da conduta de seqüestro não permitissem qualificá-la na modalidade dos atos expressamente enunciados nos Princípios de Nüremberg ou no artigo 7.1.e do Estatuto de Roma, poderia sim ser considerada entre os “outros atos inumanos” previstos tanto nos Princípios como no Estatuto. Os atos de seqüestro produzem grandes sofrimentos às vítimas e também atentam gravemente contra sua integridade física e mental.

Adicionalmente, e como será desenvolvido mais adiante, existe também a possibilidade de considerar expressamente os atos de “seqüestro” como atos de desaparecimento forçado, devido aos elementos presentes nas condutas descritas na comunicação da Procuradora da

República e do Procurador Regional da República e no próprio documento *Direito à Memória e à Verdade* da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos³⁷. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas lembrou que “no inciso i do parágrafo 2 do artigo 7 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, reconhece-se que ‘a intenção de deixar [as pessoas] fora do amparo da lei por um período prolongado’ é um elemento fundamental da definição de desaparecimento forçado”. Nesta medida, “se uma pessoa é detida pelas autoridades e não se recebe logo nenhuma notícia sobre seu paradeiro, nem se faz nenhuma investigação a respeito, essa inoperância das autoridades equivale a deixar o desaparecido fora do amparo da lei”³⁸. O desaparecimento forçado é outro dos atos expressamente contemplados no artigo 7.1 do Estatuto de Roma como constitutivo de crime de lesa-humanidade, quando se dá em outras condições.

Em relação aos atos de *falsidade ideológica e ocultação de cadáver*, embora não expressamente contemplados nem nos Princípios de Nuremberg nem no Estatuto de Roma como atos constitutivos de crimes de lesa-humanidade, dadas as outras condições, existem duas possibilidades, não excludentes, para poder tratá-los como tais: a) considerá-los na categoria de “outros atos inumanos” que causam graves sofrimentos aos familiares das vítimas diretas, na medida em que impedem que eles possam conhecer o destino de seus entes queridos, possam recuperar seus corpos ou seus restos e possam dar-lhes sepultura,

³⁷ No Exame Periódico Universal perante o Conselho de Direitos Humanos, o Estado do Brasil fez referência expressa a: 1) o desaparecimento forçado durante a ditadura; 2) o reconhecimento de responsabilidade do Estado nos casos estudados pela Comissão Especial sobre Morte e Desaparecidos Políticos; 3) a existência de desaparecidos que não foram encontrados, Cf., ONU, Conselho de Direitos Humanos, Exame Periódico Universal, Relatório do Grupo de Trabalho sobre o Relatório Periódico Universal, Brasil. A/HRC/8/27 22 de maio de 2008, § 40.

³⁸ ONU, CCPR, caso N° 1327/2004 (*Grioua x Argélia*).

³⁹ Tanto o Comitê do Pacto de Nações Unidas como a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalaram que a não investigação sobre as causas e circunstâncias do desaparecimento e da morte de pessoas desaparecidas, bem como a não informação sobre os locais nos quais foram enterradas, produzem angústia e sofrimento em seus familiares, o que configura uma violação do artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e uma violação do artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, ao referir-se à situação de Bósnia-Herzegovina, no tocante às pessoas desaparecidas durante o conflito armado (1992-1995) e de seus familiares, o Comitê lembrou expressamente ao Estado: “que os familiares das pessoas desaparecidas têm o direito de receber informação sobre o destino de seus familiares e que não investigar as causas e as circunstâncias da morte e o desaparecimento de pessoas e não informar sobre os locais onde foram enterradas aumenta a incerteza e, portanto, o sofrimento infligido aos familiares e pode equivaler à violação do artigo 7 do Pacto (parágrafo 3 do artigo 2 e artigos 6 e 7)”, e recomendou ao Estado que: “[...] deveria adotar imediatamente medidas eficazes para investigar todos os casos não resolvidos de pessoas desaparecidas e fornecer sem demora ao Plenário em funcionamento do Instituto para Desaparecidos, de acordo com a decisão do Tribunal Constitucional de 13 de agosto de 2005. Deveria assegurar-se que a base central de dados das pessoas desaparecidas esteja completa e seja exata, que seja consolidado o Fundo de Apoio aos Familiares dos Desaparecidos e que sejam iniciados o mais rápido possível os pagamentos às famílias”. ONU, Relatório do Comitê de Direitos Humanos, 88º período de sessões, 89º período de sessões, 90º período de sessões, A/62/40 (Vol. I), § 80.14). Por sua vez, no *Caso Goiburú e outros*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com suas tradições e crenças³⁹, e que configuram impunidade⁴⁰; b) considerá-los como atos constitutivos de crime de desaparecimento forçado. Este último considerando que um dos elementos que definem o desaparecimento forçado é a ocultação do destino e o paradeiro da pessoa desaparecida.⁴¹

Considerando o que sugerimos em relação ao seqüestro e a atos de falsidade ideológica e ocultação de cadáveres, antes de entrar no segundo elemento – referente à existência de um ataque sistemático ou generalizado – nos deteremos, de forma mais extensa, em algumas considerações sobre o *crime de desaparecimento forçado*. Isto porque os atos de desaparecimento forçado constituem, por si próprios, graves violações dos direitos humanos, independentemente de terem ou não a qualidade de crimes de lesa-humanidade. Nesta medida, se durante o período da ditadura militar foram cometidos atos de desaparecimento forçado, o Estado do Brasil tem a obrigação internacional de investigá-los e puni-los independentemente de qualquer que seja seu direito interno vigente e/ou do momento em que ratificou os pertinentes tratados de direitos humanos, devido ao caráter de *ius cogens* que tem a citada obrigação. A caracterização do crime de desaparecimento forçado como um crime de execução contínua também tem relevantes implicações práticas no cumprimento dessa obrigação.

O Comitê de Direitos Humanos assinalou, a esse respeito, que os Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos têm a obrigação de garantir que todas as pessoas disponham de recursos acessíveis e efetivos para reivindicar os direitos protegidos pelo Pacto. E disse que “[s]ão especialmente necessários mecanismos administrativos que dêem cumprimento à obrigação geral de investigar as denúncias de violação de forma rápida, detalhada e efetiva por organismos independentes e imparciais”. Neste sentido, considerou que “[o] fato de um Estado Parte não investigar as denúncias de violação pode ser por si uma vulneração do Pacto”.⁴² Assinalou também de forma expressa que, quando as investigações revelam a violação de certos direitos reconhecidos no Pacto:

lembrando sua jurisprudência anterior, disse o seguinte: “a Corte lembra sua jurisprudência a respeito de casos que envolvam o desaparecimento forçado de pessoas; é possível entender que a violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima é uma consequência direta, precisamente desse fenômeno, que lhes causa um grande sofrimento pelo fato mesmo, ainda acrescido, entre outros fatores, pela constante negativa das autoridades estatais em fornecer informação sobre o paradeiro da vítima ou em iniciar uma investigação eficaz para obter o esclarecimento do ocorrido.” *Caso Goiburú e outros x Paraguai*, Sentença de 22 de Setembro de 2006, Série C, Nº 153, § 97.

⁴⁰ No *Caso Goiburú e outros*, a Corte Interamericana qualificou a falta de investigação existente durante a ditadura como atos que faziam parte da sistematicidade dos crimes cometidos: “[...] a falta de investigação dos fatos constituía parte da prática sistemática de violações dos direitos humanos e contribuía para a impunidade dos responsáveis”, § 112.

⁴¹ O artigo II da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas define o desaparecimento forçado nos seguintes termos: “Para os efeitos da presente Convenção, considera-se desaparecimento forçado a privação da liberdade a uma ou mais pessoas, qualquer que seja a forma, cometida por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, acompanhada da falta de informação ou da negativa em reconhecer essa privação de liberdade ou de informar o paradeiro da pessoa, com o que o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes são impedidos”.

⁴² Cf. ONU, CCPR, Observação Geral Nº 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 15.

[...] os Estados Partes devem assegurar-se de que os culpáveis compareçam perante a Justiça. Como ocorre quando uma investigação não é aberta, o fato do não comparecimento perante a Justiça dos autores da infração pode ser por si uma vulneração do Pacto. Estas obrigações existem concretamente em relação às infrações reconhecidas como delitos no direito internacional ou na legislação nacional, entre eles a tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes (art. 7), as privações

sumárias e arbitrárias de vida (art. 6) e os desaparecimentos forçados (arts. 7 e 9 e, freqüentemente, art. 6).⁴³.

O Comitê de Direitos Humanos igualmente assinalou que os Estados têm o dever de adotar as medidas necessárias para tornar efetivos, no plano interno, os direitos reconhecidos no Pacto e para cumprir as obrigações estabelecidas nele. Nesta medida,

[...] se os direitos reconhecidos no Pacto já não estão protegidos pela legislação ou pelas práticas internas, os Estados Partes, quando ratificarem o Pacto, terão que introduzir as mudanças necessárias na legislação ou nas práticas internas para colocá-las em harmonia com o Pacto. No caso de haver incompatibilidade entre o direito interno e o Pacto, o artigo 2 dispõe que a legislação ou a prática interna terão que ser alteradas para ajustarem-se às normas impostas pelas garantias substantivas do Pacto.⁴⁴

Em vários dos casos individuais submetidos a seu conhecimento, por fatos constitutivos de desaparecimento forçado, o Comitê de Direitos Humanos lembrou aos respectivos Estados sua obrigação de investigar a fundo e diligentemente o desaparecimento forçado e o destino de sua vítima, bem como a obrigação de iniciar uma ação penal contra qualquer pessoa suspeita de ter cometido essas infrações e de processar, levar a juízo e punir quem for considerado responsável por essa infração.⁴⁵

A Corte Interamericana também assinalou em relação ao desaparecimento forçado, várias questões: i) que os Estados têm a obrigação de investigar e punir o desaparecimento forçado de pessoas, como uma obrigação que hoje tem caráter de *ius cogens*; ii) que o desaparecimento forçado, como delito autônomo, segundo o direito internacional, é um delito de execução continuada; e iii) que, ainda quando no cumprimento de sua obrigação internacional de investigar o desaparecimento forçado, os Estados podem investigar seus fatos constitutivos sob figuras penais diversas; a obrigação dos Estados de tipificar no direito interno o delito de desaparecimento forçado, de acordo com sua definição feita pelos instrumentos internacionais de direitos humanos, se mantém.

Assim, no *Caso Goiburú e outros*, a Corte Interamericana disse o seguinte:

a Corte considera que, tal como se depreende do preâmbulo da Convenção Interamericana assinalada [Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas], perante a particular gravidade destes delitos e a natureza dos direitos lesados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correlativo dever de investigá-los e punir seus responsáveis atingiram o caráter de *ius cogens*.⁴⁶

⁴³ Cf. ONU, CCPR, Observação Geral N° 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 18.

⁴⁴ Cf. ONU, CCPR, Observação Geral N° 31, CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 13, § 13.

⁴⁵ Entre outros, CCPR, caso N° 1327/2004 (*Grioua x Argélia*); caso N° 1328/2004 (*Kimouche x Argélia*).

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Goiburú e outros x Paraguai*, cit. § 84. No mesmo sentido, *Caso La Cantuta*, cit. § 157.

Adicionalmente, no mesmo caso, a Corte Interamericana foi enfática em assinalar tanto o caráter complexo do desaparecimento forçado – enquanto afete direitos múltiplos protegidos pelos instrumentos internacionais de direitos humanos – como seu caráter continuado.

A necessidade de considerar integralmente o delito de desaparecimento forçado de forma autônoma e com caráter continuado ou permanente, com seus múltiplos elementos complexamente interconectados e fatos delitivos conexos, depreende-se não só da própria tipificação do citado artigo III na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, os *travaux préparatoires* a esta, seu preâmbulo e normativa, mas também do artigo 17.1 da Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1992, que inclusive agrega um elemento a mais, ligado ao dever de investigação, ao indicar que o delito de referência deve ser considerado “permanente enquanto seus autores continuem ocultando o destino e o paradeiro da pessoa desaparecida e enquanto os fatos não forem esclarecidos”. A jurisprudência internacional também reflete este entendimento, e os artigos 4 e 8 (1) (b) da citada Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a matéria o citam em termos similares.

Nesta medida, a qualificação que possa ser dada ao conjunto de fatores que integram o desaparecimento forçado como violação dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, não afeta o caráter autônomo que tem o delito de desaparecimento forçado nem seu caráter continuado ou permanente. Nesse sentido, a Corte Interamericana disse que, embora os Estados possam adiantar a investigação pelos fatos que configuram o desaparecimento forçado e proceder a punir seus autores baseando-se em outros tipos de delitos – como seqüestro, privação ilegítima de liberdade, abuso de autoridade, associação ou acordo para delinquir, lesões, coação ou ameaças e homicídio –, no caso de não haver tipificado o delito de desaparecimento forçado como tal, os Estados continuam obrigados internacionalmente a tipificar em seu direito interno o delito de desaparecimento forçado, com os elementos definidos pelos respectivos instrumentos internacionais de direitos humanos⁴⁸. A Corte Interamericana também fez uma clara distinção entre o fato do desaparecimento forçado – como uma violação de caráter contínuo e permanente, que se mantém enquanto não se estabeleça o paradeiro das pessoas desaparecidas ou que seus restos sejam devidamente localizados e identificados – e a execução extrajudicial ou homicídio da vítima⁴⁹. Portanto, foi reiterativa na obrigação dos Estados de tipificar adequadamente o delito de desaparecimento forçado. A respeito, no *Caso Goiburú e outros*, expressou o seguinte:

O Direito Internacional estabelece um padrão mínimo acerca de uma correta tipificação desta categoria de condutas e dos elementos mínimos que ela deve observar, no entendimento de que a persecução penal é uma via fundamental para prevenir futuras violações de direitos humanos. Quer dizer, os Estados podem adotar uma maior severidade no tipo específico para efeitos de uma melhor persecução penal desses delitos, em função do que considerem uma maior ou melhor tutela dos bens jurídicos protegidos, com a condição de, ao fazê-lo, não tornarem vulneráveis essas outras normas às quais estão obrigados. Além disso, a subtração de elementos considerados irredutíveis na fórmula persecutória estabelecida em nível internacional, bem como a introdução de modalidades que lhe diminuam sentido ou eficácia, podem levar à impunidade de condutas que os Estados são obrigados, sob o Direito Internacional, a prevenir, erradicar e punir.⁵⁰

⁴⁷ Corte IDH, *Caso Goiburú e outros x Paraguai*, cit. § 83. Estas considerações da Corte Interamericana já estão presentes em sua sentença no *Caso Velázquez Rodríguez x Honduras*, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C Nº 4, § 155-158.

⁴⁸ No mesmo sentido, em relação à tortura, Comitê contra a Tortura, Observação Geral Nº 2, § 8 e 9.

⁴⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal x Panamá*, Sentença de 12 de agosto de 2008, Série C Nº 186, § 34. Portanto, os Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e/ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos adquirem, em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, a obrigação de investigar e punir seus fatos constitutivos e de fazê-lo de acordo com as disposições dos respectivos tratados. Esta obrigação deve ser cumprida, em

princípio, assim que o Estado se torne parte do tratado, independentemente de os fatos constitutivos do desaparecimento forçado terem ocorrido antes da entrada em vigor do tratado para o Estado. A Corte Interamericana indicou, nesse sentido, no *Caso Moiwana*, a respeito de outro tipo de atos, constitutivos também de graves violações de direitos humanos, como o é a execução extrajudicial, que, “[a]o aceitar a Convenção Americana no ano de 1987, a primeira ação legal que Suriname estava obrigado a proporcionar era uma investigação rápida e exaustiva sobre os fatos de 29 de novembro de 1986”⁵¹. Quer dizer, Suriname, como Estado Parte da Convenção Americana, estava obrigado a investigar e punir fatos constitutivos de graves violações de direitos humanos ocorridos antes de ratificar a Convenção. Isto é assim entendido porque o dever de investigar e punir graves violações aos direitos humanos se mantém até que não seja adequadamente cumprido, de acordo com os termos da Convenção.

Em relação aos fatos ocorridos durante o período da ditadura militar no Brasil, havia três possíveis situações a considerar a respeito de fatos constitutivos de desaparecimento forçado⁵²: i) a obrigação convencional do Estado do Brasil em investigar e punir os atos de desaparecimento forçado ocorridos durante o período da ditadura militar; ii) a obrigação do Estado do Brasil em investigar e punir os atos de desaparecimento forçado ocorridos durante o período da ditadura militar como uma obrigação de *ius cogens*; iii) a obrigação do Estado do Brasil em investigar e punir os atos de desaparecimento forçado durante o período da ditadura militar como infrações atuais ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O Brasil é Estado Parte tanto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Conseqüentemente, está no dever de cumprir de boa fé as obrigações gerais que lhe são impostas por estes tratados⁵³, entre eles,

⁵⁰ Corte IDH, *Caso Goiburú e outros x Paraguai*, cit., § 92. Em igual sentido, o Comitê de Direitos Humanos fez as seguintes considerações a respeito da falta de tipificação do delito “desaparecimento forçado” em Honduras e da não investigação de seus fatos constitutivos: “O Comitê reconhece os esforços do Estado Parte para identificar os casos de desaparecimentos forçados, incluída a publicação pelo Comissariado Nacional dos Direitos Humanos do Relatório preliminar sobre desaparecimentos forçados em Honduras em 1993, com uma lista de 183 pessoas desaparecidas. No entanto, é preocupante o fato de que a falta de tipificação do delito de desaparecimento forçado no Código Penal tenha contribuído para a impunidade e que os casos incluídos na mencionada lista não tenham sido ainda investigados, sobretudo no caso de levar-se em consideração o tempo transcorrido desde a publicação do citado relatório (arts. 2 e 6).” UN, Relatório do Comitê de Direitos Humanos, 88º período de sessões, 89º período de sessões, 90º período de sessões, A/62/40 (Vol. I), § 79,5.

⁵¹ Corte IDH, *Caso da Comunidade Moiwana x Suriname*, Sentença de 15 de junho de 2005, Série C Nº. 124, § 146.

⁵² A consideração destas três possíveis situações supõe a adoção, para a caracterização dos fatos, da definição internacional do delito de desaparecimento forçado, independentemente da data de ratificação da Convenção Americana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas por parte do Brasil.

⁵³ A respeito, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), Viena, 23 de maio de 1969, Artigo 26: “**Pacta sunt servanda**”. Todo tratado vigente obriga às partes e deve ser por elas cumprido de boa fé.”

a obrigação geral de investigar e punir as violações aos direitos humanos nelas protegidos. Este cumprimento implica, como aponta o Comitê de Direitos Humanos, a adequação de suas instituições, de suas práticas e de sua legislação interna às exigências do Pacto. No mesmo sentido, a Corte Interamericana se pronunciou em relação à Convenção⁵⁴. Esta obrigação geral é explícita, como vimos antes, a respeito do desaparecimento forçado de

peçoas. Desta maneira, o Brasil está obrigado a adotar as medidas internas necessárias para cumprir a obrigação geral de investigar e punir os atos de desaparecimento forçado, independentemente de estes atos terem sido cometidos antes de ratificar o Pacto e a Convenção.

Adicionalmente, como indicado antes, a investigação e a punição do desaparecimento forçado são hoje obrigação de *ius cogens*, o que significa que os Estados têm o dever de cumpri-la, além de os tratados que tenham ratificado. O Estado do Brasil está obrigado, nesta medida, a investigar e punir os atos de desaparecimento forçado cometidos durante o período da ditadura militar, como uma obrigação de *ius cogens*.

Igualmente e também como indicado antes, o desaparecimento forçado de pessoas é um delito continuado, que permanece no tempo enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou enquanto seu corpo não for encontrado. Isto significa que a permanência do delito, posteriormente à entrada em vigência do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em um Estado, significa a violação do respectivo tratado. Neste sentido, se os fatos constitutivos dos atos de desaparecimento forçado cometidos durante o período da ditadura militar foram mantidos posteriormente à entrada em vigência para o Brasil da Convenção e/ou do Pacto ou se mantêm até hoje, o Brasil não só estaria obrigado a investigar e punir os atos, em virtude da obrigação de garantir o direito à justiça por uma grave violação de direitos humanos cometida anteriormente à vigência desses tratados, como também estaria obrigado a investigar e punir fatos que constituem infrações expressas, tanto do Pacto como da Convenção.⁵⁵

⁵⁴ A esse respeito, no *Caso Palamara Iribarne*, a Corte disse: “O artigo 2 da Convenção Americana obriga os Estados Partes a adotarem, de acordo com seus procedimentos constitucionais e as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades protegidas por aquela. É necessário reafirmar que a obrigação de adaptar a legislação interna só se cumpre quando a reforma é efetivamente realizada e quando essa reforma abrange todas as normas que impeçam o exercício dos citados direitos e liberdades”. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne x Chile*, Sentença de 22 de novembro de 2005, Série C N 135, § 89.

⁵⁵ Neste sentido convém considerar especialmente o dito pelo Grupo de Trabalho sobre desaparecimentos forçados ou involuntários em seu Relatório de 2007, ao referir-se sobre o Brasil. O Grupo de Trabalho lembrou que a maior parte das denúncias recebidas sobre desaparecimento forçado – em relação ao Brasil – faziam referência a atos ocorridos sob o regime militar “e, particularmente, durante a guerra de guerrilhas na região de Aerugo”. O Grupo de Trabalho lembrou também que considerou esclarecidos quase todos os casos em 1996, “em conformidade com as disposições legislativas (Lei nº 9140/95), que estabelecem que as pessoas desaparecidas de 1961 a 1979 por motivo de sua atividade política, são consideradas falecidas”. UN, Assembléia Geral, Relatório do Grupo de Trabalho sobre desaparecimento forçado ou involuntário, A/HRC/4/41, de 25 de janeiro de 2007, § 107. O Brasil ratificou o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 1992, quer dizer, antes do ano em que o Grupo de Trabalho deu por esclarecidos os casos de desaparecimentos forçados dos quais tinha conhecimento.

Nesta medida, no tocante à existência de atos de desaparecimento forçado de pessoas durante o período da ditadura – assim expressamente qualificados ou sob a figura de “seqüestro” –, o Estado do Brasil está internacionalmente obrigado a investigá-los e puni-los, tanto em virtude de obrigações convencionais, como em virtude de uma obrigação de *ius cogens*. Esta obrigação é independente e adicional à obrigação que o Estado tem de investigar e punir os crimes contra a humanidade.

ii) e iii) *A existência de um ataque sistemático ou generalizado e de uma política de Estado*. De acordo com a definição de *sistemático* como um ataque organizado que segue um padrão regular ou um plano metódico⁵⁶, e de *generalizado* como um ataque massivo, em

larga escala, dirigido contra uma multiplicidade de vítimas,⁵⁷ os fatos que foram descritos na comunicação da Procuradora da República e do Procurador Regional da República, bem como no documento *Direito à Memória e à Verdade*, configuram claramente a existência de um acionador que foi tanto *sistemático* – pela existência de um plano organizado de perseguição e de repressão⁵⁸ – e *generalizado* – porque esse plano foi dirigido contra uma multiplicidade de vítimas⁵⁹ – e, neste sentido, está presente um dos elementos essenciais do crime contra a humanidade.

Convém, em todo caso, detalhar duas questões. Em primeiro lugar, que, ainda que os fatos constitutivos de graves violações de direitos humanos, cometidos no período da ditadura militar no Brasil tenham apresentado as características de, ao mesmo tempo, *sistemáticos* e *generalizados*, a configuração de atos inumanos como crimes contra a humanidade não exige a existência das duas condições. Basta uma das duas, isto é, ou de um ataque sistemático ou de um ataque generalizado⁶⁰. E, em segundo lugar, que a exigência de um ataque sistemático ou generalizado se refira ao contexto no qual são realizados ou executados os diversos atos, e não a realização, por cada perpetrador, de um ataque desse tipo. Um só ato inumano – assassinato, tortura, desaparecimento forçado, violação, deportação, perseguição ou outro – cometido no cenário ou contexto de um ataque sistemático ou generalizado configura, devido aos outros elementos, um crime contra a humanidade.⁶¹

Em relação a outro elemento do crime contra a humanidade, isto é, a existência de uma política de um Estado, na qual se inscreve ou em função da qual é realizado o ataque sistemático ou o ataque generalizado, é também claro, com base nos fatos ocorridos durante

⁵⁶ A respeito, ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, cit. § 580, ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. § 648.

⁵⁷ A respeito, ICTR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, cit. § 580, ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. § 648.

⁵⁸ A esse respeito, Brasil, *Direito à Memória e à Verdade*, pp. 22-30, entre outras. O relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos faz referência, entre outros atos, à suspensão dos direitos políticos, às destituições de funcionários públicos, à censura da imprensa, às mortes de dirigentes políticos e às torturas seguidas de morte.

⁵⁹ A esse respeito, Brasil, *Direito à Memória e à Verdade*, pp. 22-30, entre outras. O relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos faz referência, entre outros, a 50 mil pessoas detidas nos primeiros meses da ditadura, a 10 mil pessoas forçadas ao exílio e a 245 estudantes expulsos das universidades.

⁶⁰ A respeito, ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. § 647-649; SCSL, *Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, cit. § 215. Estatuto de Roma, Artigo 7.1.

⁶¹ A respeito, ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit. § 649.

o período da ditadura militar e que constituem graves violações de direitos humanos, que no caso do Brasil existiu uma política de Estado, em torno da qual foi articulado um ataque sistemático e generalizado. Em sua sentença no *Caso Dusko Tadic*, o ICTY lembrou o vínculo conceitual que se estabelece entre o ataque generalizado ou sistemático, como elemento essencial do crime contra a humanidade, e a existência de uma política orientada à realização dos atos inumanos que integram o crime, assinalando que:

[...] the reason that crimes against humanity so shock the conscience of mankind and warrant intervention by the international community is because they are not isolated, random acts of individuals but rather result from a deliberate attempt to target a civilian population. Traditionally this requirement was understood to mean that there must be some form of policy to commit these acts.⁶²

Aqui também convém fazer um detalhamento. Ainda existindo hoje no Brasil uma evidência importante sobre a forma como essa política foi pensada, desenhada e implementada, a configuração de crime contra a humanidade não exige que a política tenha que ser formalmente adotada como uma política de Estado. O que deve ficar estabelecido, como indicado no ICTR, é a existência de algum tipo ou categoria de plano ou de política pré-concebido⁶³, que pode ser deduzido da forma como os atos são realizados. Neste sentido, o ICTY considerou que "[n]otably, if the acts occur on a widespread or systematic basis that demonstrates a policy to commit those acts, whether formalized or not".⁶⁴

Pode-se concluir, então, que os atos inumanos cometidos durante o período da ditadura militar por agentes do Estado (homicídios, seqüestros, falsidade ideológica e ocultação de cadáveres, entre outros), responderam aos outros dois elementos do crime de lesa-humanidade: i) a um ataque que teve a particularidade de ser sistemático ou generalizado; e ii) que esteve articulado a uma política de Estado.

c) A condição de população civil das vítimas contra quem se dirigia esse ataque e foram cometidos os atos.

Em relação a este último elemento é importante considerar, além da especificação feita no próprio Estatuto de Roma, que o conceito de "população civil" deve ser interpretado em um sentido amplo e não restrito. Neste sentido, o ICTY indicou no *Caso Dusko Tadic*:

[...] a wide definition of civilian population [...] is justified. Thus the presence of those actively involved in the conflict should not prevent the characterization of a population as civilian and those actively involved in a resistance movement can qualify as victims of crimes against humanity. [...] although crimes against humanity must target a civilian population, individuals who at one time performed acts of resistance may in certain circumstances be victims of crimes against humanity. In the context of that case patients in a hospital, either civilians or resistance fighters who had laid down their arms, were considered victims of crimes against humanity⁶⁵.

O ICTR também considerou no *Caso Akayesu* que os membros da população civil

⁶² ICTY, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, cit, § 653.

⁶³ ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit, § 580.

⁶⁴ ICTY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, cit, § 653.

⁶⁵ ICTY, *Prosecutor vs. Dusko Tadic*, cit, § 643.

are people who are not taking any active part in the hostilities, including members of the armed forces who laid down their arms and those persons placed *hors de combat* by sickness, wounds, detention or any other cause. Where there are certain individuals within the civilian population who do not come within the definition of civilians, this does not deprive the population of its civilian character.⁶⁶

Em um sentido similar, em suas sentenças nos casos *Goiburú e outros*, *Almonacid Arellanos e outros* e *La Cantuta*, nas quais a Corte Interamericana declarou a existência de crimes de lesa-humanidade ao caracterizar a população civil objeto do ataque sistemático ou generalizado, referiu-se expressamente à qualidade de opositores ou contrárias ao respectivo regime ou de movimentos de esquerda que tiverem as vítimas da repressão ou com a qual foram identificadas pelos órgãos de repressão como opositores ou contrárias ao respectivo

regime ou como integrantes de movimentos de esquerda. No *Caso Goiburú e outros*, a Corte Interamericana considerou entre os fatos provados que

[o]s desaparecimentos forçados dos senhores Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro e dos irmãos Rodolfo e Benjamin Ramírez Villalba têm características similares e se referem a um único contexto, no qual agentes do Estado paraguaio detiveram ilegalmente, mantiveram incomunicáveis, torturaram e fizeram desaparecer as pessoas cujas atividades políticas se opunham ao regime de Stroessner ou eram designados como seus inimigos.⁶⁷

No mesmo sentido, no *Caso La Cantuta*, a Corte Interamericana observou, entre outras coisas, “[...] os graves fatos se enquadram no caráter sistemático da repressão aos quais foram submetidos determinados setores da população designados como subversivos ou de alguma forma contrários ou opositores ao governo”.⁶⁸

Dadas as condições e características da repressão vivida no Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985) e a condição de suas vítimas⁶⁹, pode-se dizer que, de acordo com a definição de população civil adotada pelos tribunais penais internacionais e pela Corte Interamericana, essa repressão – como ataque generalizado ou sistemático – foi efetivamente dirigida contra setores da população civil.

Dessa forma, e para concluir este primeiro ponto, pode-se dizer que os atos de seqüestro, homicídio, falsidade ideológica e ocultação de cadáver cometidos por agentes do Estado do Brasil durante o período da ditadura militar (1964-1985) são atos inumanos que configuram crimes de lesa-humanidade, por seu caráter generalizado e sistemático, articulados a uma política de Estado e dirigidos contra setores da população civil. Sua qualidade de crimes de lesa-humanidade está fundamentada em normas de direito internacional, já vigentes no ano de início do período da ditadura. Em relação a esta afirmação, é relevante e pertinente a sentença de Câmara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal [*Câmara de Apelações Criminal e Correccional Federal*] da Argentina, de 23 de maio de 2002, que

⁶⁶ ICTR, *The Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu*, cit, § 582. No mesmo sentido, SCSL, *The Prosecutor Against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgement, 20 June 2007, § 216.

⁶⁷ Corte IDH, *Caso Goiburú e Outros*, cit, § 61.14.

⁶⁸ Cf. Corte IDH, *Caso La Cantuta*, cit, § 81.

⁶⁹ A esse respeito, Brasil, *Direito à Memória e à Verdade*, pp. 22-30, entre outras. O relatório da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos faz referência, entre outras vítimas da repressão, a estudantes, funcionários públicos, sindicalistas, intelectuais.

assinalou que os delitos realizados pelos diversos estados americanos no contexto do “Plano Condor” já eram crimes contra a humanidade na data de seu cometimento, em virtude da caracterização estabelecida de crime contra a humanidade no direito internacional a partir do Tribunal de Nüremberg. Neste sentido, disse a Câmara:

as condutas de quem cometeu tais crimes devem ser analisadas à luz de todo o ordenamento jurídico, incluindo neste, está claro, as normas de direito penal internacional especialmente elaboradas após o término da Segunda Guerra Mundial. Se limitarmos exclusivamente a análise dos fatos dessa causa à luz do Código Penal argentino, deixaríamos de lado um conjunto de normas aplicáveis ao caso que foi elaborado pela comunidade internacional para casos de extrema gravidade como o presente [...]⁷⁰.

A Câmara considerou, neste sentido, que receptor o direito de pessoas, em relação à caracterização de crime de lesa-humanidade, não afetava o direito interno argentino.

2. A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.

A questão da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade se explica a partir das seguintes perguntas:

3. A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é um princípio geral de direito internacional? Integra o costume internacional? E implica obrigação *erga omnes* para os Estados?
4. Em 1964, quando se instaurou a ditadura no Brasil e teve início a prática dos delitos referidos na introdução, os crimes contra a humanidade já eram considerados pelo direito internacional como crimes imprescritíveis? É possível definir quando se consolidou esse princípio, de modo a ter força normativa?
5. O Brasil não ratificou formalmente a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968. O ordenamento jurídico interno tampouco possui lei expressa fixando a imprescritibilidade desses delitos. A Constituição, por outro lado, não proíbe a lei de estipular casos de crimes imprescritíveis. Considerando esses elementos, pode-se afirmar que o princípio geral de direito internacional e o costume internacional que definem como imprescritíveis os crimes contra a humanidade são suficientes para que as Cortes brasileiras reconheçam tal princípio/costume como uma norma a ser aplicada internamente?

O Princípio I dos Princípios de Nüremberg, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1950, indica que "[q]ualquer pessoa que cometa atos que constituam um crime sob as leis internacionais será responsável e por conseguinte sujeita a castigo". De acordo com a Comissão de Direito Internacional, esta disposição estabelece a regra geral segundo a qual o direito internacional pode impor diretamente deveres aos indivíduos, sem que seja necessária a mediação do direito interno. A imposição destes deveres de caráter internacional e a possibilidade de punir os indivíduos por cometerem crimes internacionais têm por finalidade garantir o cumprimento do direito internacional.⁷¹ Como corolário deste

⁷⁰ *Sentença confirmando o processo do General Jorge Rafael Videla na causa Plano Condor*, Causa Nº 33714 "Videla, Jorge R. s/processo", Juzgado 7[Juízo] - Secretaria [Cartório] 14, Sala I. Reg: 489, Buenos Aires 23 de maio de 2002.

⁷¹ Cfr. International Law Commission, Yearbook, 1950, Vol. II, pág. 374, § 99.

princípio, o Princípio II estabelece que "[o] fato de as leis internas não imporem castigo por um ato que constitua um crime sob as leis internacionais não exime a pessoa que cometeu o ato de sua responsabilidade sob as leis internacionais". Isto é, a inexistência de normas de direito interno que estabeleçam e punam os crimes internacionais não releva, em nenhum caso, seus autores de sua responsabilidade internacional. A respeito, a Comissão de Direito Internacional indicou, ao formular suas observações a este princípio, que:

The principle that a person who has committed an international crime is responsible therefor and liable to punishment under international law, independently of the provisions of internal law, implies what is commonly called the "supremacy" of international law over national law. The Tribunal considered that international law can bind individuals even if national law does not direct them to observe the rules of international law, as shown by the following statement of the judgment: "... the very essence of the Charter is that individuals have international duties which transcend the national obligations of obedience imposed by the individual State".⁷²

Nesta medida, pode-se entender o princípio de imprescritibilidade como diretamente vinculado ao cumprimento do direito internacional que ordena a punição dos autores de crimes de acordo com as leis internacionais ou crimes de direito internacional. Como visto antes, entre estes crimes são considerados como os crimes mais graves os crimes contra a humanidade.

Lembrando este caráter dos crimes contra a humanidade, em sua resolução 2338 (XXII) de 18 de dezembro de 1967⁷³, anterior à aprovação da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, a Assembléia Geral das Nações Unidas observou, em relação à sua persecução e punição, que “em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o ajuizamento e o castigo por crimes de guerra e por crimes de lesa-humanidade, foi prevista limitação no tempo”. Nesta mesma resolução, e de acordo com esta consideração, a Assembléia Geral fez referência expressa ao caráter de princípio do direito internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade. Nas palavras da Assembléia Geral, uma futura Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade cumpriria a necessidade e a oportunidade de afirmar esse princípio no direito internacional e garantir sua aplicação universal.

Isto é, antes da aprovação da Convenção no ano de 1968 e de sua entrada em vigor em 1970, a Assembléia Geral das Nações Unidas havia expressamente reconhecido o caráter de princípio do direito internacional de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. O objeto da Convenção era o de reafirmar um princípio internacional já existente e o de poder garantir, por meio de um tratado, sua aplicação universal. Esse pronunciamento da Assembléia Geral, do ano de 1967, é importante também porque dá conta do caráter de universalidade que tem a Convenção sobre imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes de lesa-humanidade.

Neste sentido, o *Conjunto de princípios atualizado para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade* estabelece que a prescrição “não

⁷² Cfr. International Law Commission, Yearbook, 1950, Vol. II, p. 374, § 102.

⁷³ ONU, Assembléia Geral, Resolução 2338 (XXII), Questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que tenham cometido crimes de lesa-humanidade, 18 de dezembro de 1967.

será aplicada aos delitos graves segundo o direito internacional que sejam por natureza imprescritíveis”⁷⁴. Também os *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de violações expressas das normas internacionais de direito humano e de violações graves do direito internacional humanitário para interpor recursos e obter reparações* estabelecem que “[q]uando assim o disponha um tratado aplicável ou faça parte de outras obrigações jurídicas internacionais, não prescreverão as violações expressas aos direitos humanos nem as graves violações do direito internacional humanitário que constituem crimes em virtude do direito internacional”⁷⁵. De acordo com a resolução 2338 (XXII)⁷⁶ da Assembléia Geral das Nações Unidas e a Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, os crimes contra a humanidade figuram entre os delitos de direito internacional mais graves, cuja persecução e punição, portanto, não admite prescrição. Assim ficou amparado, expressamente, no artigo 29 do Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional, que estabelece que “os crimes de competência da Corte não prescreverão.”

O dever internacional dos Estados de cumprir e garantir o princípio de imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade corresponde também ao dever que os Estados têm de garantir, segundo suas obrigações gerais internacionais, o direito de acesso à administração de justiça e o direito de exigir justiça⁷⁷, e com a obrigação que têm de combater e acabar com as situações de impunidade de graves violações de direitos humanos. Já a resolução 2338 (XXII) da Assembleia Geral das Nações Unidas indicava que a prescrição dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade “impede o ajuizamento e propicia e mantém a impunidade”⁷⁸. A Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade de 1968 é explícita nesse sentido, bem como na finalidade de superação da impunidade dos crimes internacionais que tem o princípio de imprescritibilidade, quando contempla em seu preâmbulo, entre outras considerações, as seguintes:

Os Estados Partes na presente Convenção,

[...]

Considerando que os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade figuram entre os delitos de direito internacional mais graves,

Convencidos de que a repressão efetiva dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade é um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades

⁷⁴ ONU, Comissão dos Direitos Humanos, Conjunto atualizado de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade, C/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005, princípio 23.

⁷⁵ ONU, Assembleia Geral, Resolução 60/47, Princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de violações expressas das normas internacionais de direito humano e de violações graves do direito internacional humanitário de interpor recursos e obter reparações, 16 de dezembro de 2005, A/RES/60/147, 21 de março de 2006, princípio 6.

⁷⁶ Por sua vez fundamentada em resoluções anteriores da Assembleia Geral, entre elas: a resolução 2184 (XXI), de 12 de dezembro de 1996 e a resolução 2202 (XI) de 16 de dezembro de 1966.

⁷⁷ PICDCP, Artigo 14; Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral N° 32, § 9.

⁷⁸ A Corte IDH definiu a impunidade como: “a falta em seu conjunto de investigação, persecução, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana”, *Caso do “Massacre de Mapiripán”*, Sentença d 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, par; 237; *Caso da Comunidade Moiwana*, Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, § 203.

fundamentais e pode fomentar a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacional,

Advertindo que a aplicação aos crimes de guerra e aos crimes de lesa-humanidade das normas de direito interno relativas à prescrição de delitos ordinários suscita grave preocupação na opinião pública mundial, pois impede o ajuizamento e o castigo das pessoas responsáveis por esses crimes,

Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar em direito internacional, por meio da presente Convenção, o princípio de imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade e assegurar sua aplicação universal,

Acordam o seguinte [...].

Desta forma, deve-se entender que o não cumprimento do mandato estabelecido no princípio de imprescritibilidade como princípio de direito internacional – amparado nesta Convenção – não só implica, para os Estados Partes da Convenção, uma infração à obrigação que têm de agir de acordo com ela e uma infração à obrigação que têm os Estados em geral de respeitarem os princípios da entidade de princípios do direito internacional,

como também, e de um modo fundamental, significa um não cumprimento das obrigações convencionais gerais que os Estados têm de investigar e punir as graves violações aos direitos humanos e os crimes de lesa-humanidade.

Convém lembrar a esse respeito que o Comitê de Direitos Humanos disse que os Estados Partes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos protegidos por ele. E, especificamente, em relação aos obstáculos que um Estado possa alegar para não investigar e punir graves violações de Direitos Humanos, o Comitê assinalou que

nos casos em que algum funcionário público ou agente estatal tenha cometido violações dos direitos reconhecidos pelo Pacto aos quais faz referência este parágrafo [tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes; privações sumárias e arbitrárias de vida; desaparecimentos forçados], os Estados Partes dos quais se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como aconteceu em certas anistias (ver a Observação Geral Nº 20 [44]) e em imunidades anteriores. Além disso, nenhum cargo oficial justifica que sejam eximidas de responsabilidade jurídica as pessoas às quais é atribuída a autoria dessas violações. Também devem ser eliminados outros impedimentos ao estabelecimento da responsabilidade penal, entre eles a defesa baseada na obediência a ordens superiores ou os prazos de prescrição excessivamente curtos, nos casos em que forem aplicadas tais prescrições. Os Estados Partes também devem prestar assistência recíproca para fazer comparecer perante a Justiça os suspeitos de haverem cometido atos que infrinjam as disposições do Pacto e que sejam puníveis segundo a legislação nacional ou o direito internacional⁷⁹.

Por sua vez, a Corte Interamericana disse que, em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e outras graves violações dos direitos humanos, “a realização de uma investigação *ex officio*, sem dilação, séria, imparcial e efetiva, é um elemento fundamental e condicionante para a proteção de certos direitos que se vêem afetados ou anulados por essas situações, como os direitos à liberdade pessoal, integridade pessoal e vida”⁸⁰. Neste sentido, a Corte foi muito mais enfática que o Comitê de Direitos Humanos ao estabelecer que

são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrições e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que permitam impedir a investigação e a punição dos responsáveis

⁷⁹ ONU, CCPR, Observação Geral Nº 31, § 18.

⁸⁰ Corte IDH, *Caso la Cantura x Peru*, cit., § 110.

pelos graves violações aos direitos humanos tais como tortura, execuções sumárias, extralegais ou arbitrarias e desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁸¹

Além disso, ao referir-se expressamente à imprescritibilidade, a Corte Interamericana fez uma distinção clara entre delitos ordinários e violações muito graves dos direitos humanos, reafirmando o caráter inadmissível e inaplicável da prescrição nos casos de violações muito graves de direitos humanos. Assim, no *Caso Albán Cornejo* disse o seguinte:

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e geralmente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e punir seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo julgador para todo imputado por um delito. Sem prejuízo do anterior, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quanto se tratar de violações muito graves aos direitos humanos nos termos o Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte assim o assinalou.^{82 83}

Em relação aos crimes contra a humanidade, a Corte Interamericana adicionalmente assinalou que a obrigação de investigar e, se for o caso, ajuizar e punir violações graves aos direitos humanos adquire “uma particular e determinante intensidade e importância nos casos de crimes contra a humanidade”⁸⁴ e expressamente afirmou que “a penalização destes crimes é obrigatória de acordo com o direito internacional geral”.⁸⁵

A Corte Interamericana também disse que, em se tratando de crimes contra a humanidade,

[...] a necessidade de erradicar a impunidade apresenta-se diante da comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para estes efeitos. O acesso à Justiça constitui uma norma imperativa de Direito Internacional e, como tal, gera obrigações *erga omnes* para os Estados de adotar as medidas que forem necessárias para não deixar na impunidade essas violações, seja exercendo sua jurisdição para aplicar seu direito interno e o Direito Internacional para julgar e, sendo o caso, punir os responsáveis por fatos dessa índole, seja colaborando com outros Estados que o façam ou procurem fazê-lo. A Corte lembra que, sob o mecanismo de garantia coletiva estabelecido na Convenção

⁸¹ Corte IDH, *Caso Barrias Altos x Peru*, Sentença de 14 de março de 2001, Série C No. 75. § 41.

⁸² Citação da Corte IDH que é considerada pertinente; “Cfr. *Caso Barrias Altos x Peru. Fundamento*. Sentença de 14 de março de 2001. Série C No. 75, § 41; *Caso Almonacid Arellano x Chile. Exceções Preliminares, Fundamento, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, § 110; y *Caso do Massacre de La Rochela*, supra nota 9, § 294.”

⁸³ Corte IDH, *Caso Albán Cornejo e outros x Equador*, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C Nº 171, § 111.

⁸⁴ Cf. Corte IDH, *Caso La Cantuta x Peru*, Sentença de 29 de novembro de 2006, Série C Nº 162, § 110 e 157.

⁸⁵ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros x Chile*, cit., § 99.

Americana, em conjunto com as obrigações internacionais, regionais⁸⁶ e universais⁸⁷ no assunto, os Estados Partes da Convenção devem colaborar entre si nesse sentido.⁸⁸

Baseando-se nestas considerações do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Interamericana e nas resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas, é possível dizer que a imprescritibilidade das violações muito graves aos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade é um princípio geral do direito internacional, e a obrigação de investigar e punir estes crimes gera uma obrigação *erga omnes* para os Estados.⁸⁹

Neste sentido, também se pode dizer que a não ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade por um Estado não o exime de sua obrigação de investigar e punir estes crimes, porque a Convenção ampara um princípio de direito internacional vigente antes de sua aprovação.

Esta obrigação é reforçada, como assinalado antes, em virtude das obrigações gerais que o Estado adquire ao aceder como Estado Parte do Pacto Internacional de Direitos Civis e

Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.⁹⁰ O não cumprimento da obrigação de investigar e punir as violações muito graves dos direitos humanos e os crimes contra a humanidade, alegando a prescrição da ação penal, significa uma violação às

⁸⁶ Citação da Corte IDH considerada pertinente: “Cfr. Carta da Organização dos Estados Americanos, Preâmbulo e Artigo 3.e: Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas; Resolução Nº 1/03 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre julgamento de crimes internacionais”.

⁸⁷ Citação da Corte IDH considerada pertinente: “Cfr. Carta das Nações Unidas assinada em 26 de junho de 1945, Preâmbulo e Artigo 1.3; Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução da Assembléia Geral 217 A (iii) de 10 de dezembro de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis Políticos das Nações Unidas, resolução 2200 A (XXI) da Assembléia Geral de 16 de dezembro de 1966; Convênios de Genebra de 12 de agosto de 1949 e seus Protocolos; Convênio sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-humanidade, resolução 2391 (XXIII) da Assembléia Geral de 26 de novembro de 1968; Convenção para a Prevenção e Punição do Delito de Genocídio, resolução 260 A (III) da Assembléia Geral de 09 de dezembro de 1948; Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Inumanos ou Degradantes, resolução 39/46 da Assembléia Geral de 10 de dezembro de 1984; Declaração sobre a proteção de todas as pessoas contra o desaparecimento forçado, *G.A. Res. 47/133, 47 U.N. GAOR, Supp. (nº 49) at 207, U.N. Doc. A/47/49 (1992)*, artigo 14; Princípios das Nações Unidas sobre a efetiva prevenção e investigação de execuções extralegais, arbitrárias e sumárias, *E.S.C. Res. 1989/65, U.N. Doc. E/1989/89 § 18* (24 de maio de 1989); Princípios das Nações Unidas de Cooperação Internacional na Detenção, Prisão, Exatidão e Punição de Pessoas Culpáveis de Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-humanidade, *G.A. Res. 3074, U.N. Doc. A/9030 (1973)*; Resolução sobre a questão do castigo dos criminosos de guerra e das pessoas que cometeram crimes de lesa-humanidade, *G.A. Res. 2840, U.N. Doc. A/Res2840 (1971)*; Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade da Comissão de Direito Internacional de 1996; Projeto de Convenção Internacional para a proteção de todas as pessoas contra os desaparecimentos forçados, Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, 1º período de sessões, tema 4 do programa, *A/HRC/1/L2, 22 de junho de 2006*; Declaração sobre o Asilo Territorial, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, resolução 2312 (XXII) de 14 de dezembro de 1967, e Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, 189, U.N.T.S. 150, adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos refugiados e dos apátridas (Nações Unidas), convocada pela Assembléia Geral em sua resolução 429 (V), de 14 de dezembro de 1950.

⁸⁸ Corte IDH, *Caso La Cantuta x Peru*, cit., § 160.

⁸⁹ Neste sentido, ONU, Assembléia Geral, resolução 3074 (XXVIII), Princípios de cooperação internacional na identificação, detenção, extradição e castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes de lesa-humanidade, de 3 de dezembro de 1973.

obrigações gerais impostas por estes tratados.⁹¹

Em relação ao status de imprescritibilidade das violações muito graves dos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade durante o período da ditadura militar no Brasil, mais concretamente em seus primeiros anos, é pertinente considerar duas situações: i) o caráter de princípio do direito internacional da imprescritibilidade naquele momento; ii) as obrigações internacionais do Estado do Brasil no âmbito da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; e iii) as obrigações internacionais adquiridas pelo Estado do Brasil ao ratificar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como assinalado pela Corte Interamericana no *Caso Almonacid Arellano e outros*, a proibição dos crimes contra a humanidade é uma proibição de *ius cogens*. Esta proibição ficou expressamente amparada pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1945 e, com caráter universal, nos Princípios de Nuremberg de 1950. Sua adoção pela Assembléia Geral das Nações Unidas tornou explícita a aceitação e o reconhecimento pela comunidade

internacional de Estados em seu conjunto dessa proibição. Coerentemente com a proibição do cometimento de crimes contra a humanidade, os Princípios de Nüremberg estabelecem, no Princípio I, que “[q]ualquer pessoa que cometa um ato que constitua um delito dentro do Direito Internacional é responsável por ele e está sujeito à punição”. Assinalou também que a imprescritibilidade dos crimes graves de direito internacional, entre eles os crimes contra a humanidade, é um princípio do direito internacional e que sua penalização é obrigatória segundo o direito internacional geral. Este caráter foi reconhecido pela Assembléia Geral das Nações Unidas em várias resoluções – além da que aprovou os Princípios de Nüremberg em 1950 – aprovadas entre os anos 1966 e 1967. Nestas resoluções, a Assembléia Geral referiu-se a um princípio de direito internacional já existente, reafirmado na Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de

⁹⁰ Ou, em outros sistemas regionais, do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais e da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

⁹¹ A esse respeito, é importante a menção expressa que a Corte Interamericana faz, no *Caso Goiburú e Outros x Paraguai*, ao fato de que Paraguai não tenha aprovado nem leis de anistia ou auto-anistia, nem aplique a prescrição a crimes de lesa-humanidade: “É de reconhecer, neste mesmo sentido, que o Estado tenha se absterido de ditar leis de anistia e que tenha reconhecido em sua própria Constituição Nacional de 1992 a não aplicabilidade da prescrição aos crimes contra a humanidade”, § 68.

⁹² Neste sentido, a Corte IDH, no *Caso Almonacid Arellano e outros*, disse: “esta Corte considera que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade surge como categoria de norma de Direito Internacional Geral (*ius cogens*), que não nasce com tal Convenção [sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade], porém está reconhecida nesta. Conseqüentemente, Chile não pode deixar de cumprir esta norma imperativa”, § 153. Em igual sentido pronunciou-se a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, *Recurso de fato no caso Arancibia Clave, Enrique Lautaros / Homicídio Qualificado e Associação Ilicita e outros*, 24 de agosto de 2004, que indica a necessidade de um tratamento diferenciado da prescrição conforme se trate ou não de um delito de lesa-humanidade e, referindo-se à Convenção sobre a imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes de lesa-humanidade, assinala que “esta Convenção só afirma a imprescritibilidade, o que significa o reconhecimento de uma norma já vigente (*ius cogens*) em função do direito internacional público de origem consuetudinário”. Portanto, a Corte Suprema de Justiça assinalou, em relação aos fatos do caso – o assassinato na Argentina do General chileno Carlos Prats e sua esposa por membros da DNA – que “entendendo-se então que, para a época em que foram executados, os fatos lesa-humanidade.⁹² Também de acordo com as considerações da Corte Interamericana, as obrigações de perseguir e punir os crimes de direito internacional, entre eles os crimes de lesa-humanidade, são obrigações *erga omnes*.”

Conseqüentemente, o Estado do Brasil está obrigado, por princípios de direito internacional geral, a perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade cometidos em seu território e/ou cometidos por seus agentes. O não cumprimento destes princípios poderia ser igualmente considerado uma infração ao caráter imperativo da proibição de cometer crimes de lesa-humanidade⁹³. O Estado do Brasil também está obrigado, nestes mesmos termos – tal e como o assinalamos nas considerações sobre desaparecimento forçado – a perseguir e punir as violações muito graves aos direitos humanos, entre elas, as execuções extrajudiciais, a tortura e o desaparecimento forçado.

Assim mesmo, e de acordo com o assinalado reiteradamente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante, “a CIDH”), o fato de os Estados não terem ratificado a

Convenção Americana sobre Direitos Humanos não os exime de sua responsabilidade pela violação aos direitos humanos garantidos pela Declaração, a qual constitui uma fonte de obrigação de acordo com o direito internacional.⁹⁴

investigados eram considerados crimes contra a humanidade pelo Direito Internacional dos direitos humanos vinculativo para o Estado argentino, dele deriva como lógica consequência a inexorabilidade de seu julgamento e sua consequente imprescritibilidade”. Igualmente. A Cámara de Apelaciones en lo Criminal e Correccional [Cámara Criminal e Correccional de Apelaciones] Federal de Argentina, na *Sentença confirmando o processo do General Jorge Rafael Videla na causa Plano Condor*, Causa Nº 33714 “Videla, Jorge R., s/processo”, Juzgado 7 – Secretaría I [juízo 7, cartório I], Reg: 489, Buenos Aires, 23 de maio de 2002, ao assinalar que: “No presente caso, como afirmado precedentemente, nos encontramos diante de dois ilícitos que devem ser considerados crimes contra o direito de pessoas. Portanto, é preciso que sejam aplicadas as regras previstas para os citados crimes, entre as quais se encontra a de imprescritibilidade das ações penais pelo cometimento de tais ilícitos. [...] Não existem obstáculos derivados do princípio de legalidade, enquanto a prevalência da ação penal vem imposta como lei anterior, por toda a legislação internacional que nos rege. Por outro lado, também não existe nenhum óbice derivado do dito princípio, dado que a tipificação das condutas imputadas enquanto crimes contra a humanidade é anterior à data de cometimento dos fatos. Em resumo estão sendo aplicadas no caso, normas que estavam vigentes no tempo de execução dos fatos e, por conseguinte, não se está designando efeito retroativo a nenhuma lei. [...] Por sua vez, é inegável que a própria noção de crimes contra a humanidade está indissolúvelmente associada à necessidade de sua persecução mais além de qualquer barreira de tempo, e que gerou o que poderíamos chamar de “costume internacional” a respeito, para o qual convergem as múltiplas manifestações por meio das quais o direito internacional se exterioriza e se desenvolve no sentido considerado.” Também, Corte Suprema do Chile, Sala Penal, Sentença de 13 de dezembro de 2006 (Rol 5594-04) – em relação ao homicídio de dois estudantes e membros do MIR em dezembro de 1973 – na qual a Corte assume o princípio de imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, reconhecendo que a proibição de cometer crimes de lesa-humanidade “é uma norma de *ius cogens*, e a penalização destes crimes é obrigatória, conforme o direito internacional geral” e assinalando que a Convenção sobre imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes de lesa-humanidade é um instrumento de efeito declarativo de um costume internacional anterior.

⁹³ Neste sentido, e em relação ao crime de direito internacional da tortura, o Comitê Contra a Tortura disse o seguinte: “O Comitê considera que as anistias ou outros obstáculos que impeçam levar a juízo e castigar com prontidão e imparcialidade os autores de atos de tortura ou maus tratos ou deixem claro uma falta de vontade a respeito, infringem o caráter imperativo da proibição.”, Observação Geral 2, § 5.

⁹⁴ Neste sentido, entre outros, CIDH, Relatório Nº 19/98, Caso 11.516, Ovelário Tames, Brasil, 21 de Fevereiro de 1998, § 15; Relatório Nº 33/01, Caso 11.552, Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e Outros, Brasil, 6 de março de 2001, § 38; Relatório Nº 17/98, Casos 11.407 Clarival Xavier Coutrim, 11.406, Celso Bonfim de Lima, 11.416, Marcos Almeida Ferreira, 11.413, Delton Gomes da Mota, 11.417, Marcos de Assis Ruben, 11.412, Wanderley Galati, 11.414, Ozeas Antônio dos Santos, 11.415, Carlos Eduardo Gomes Ribeiro, 11.286, Aluisio Cavalcanti Júnior e Cláudio Aparecido de Moraes, Brasil, 21 de Fevereiro de 1998, § 163.

Portanto, poderia dizer-se que o Estado do Brasil estava obrigado, no âmbito da Declaração, a investigar e punir as graves violações aos direitos humanos e os crimes de lesa-humanidade ocorridos anteriormente à ratificação da Convenção. Em um recente Relatório de Admissibilidade, em um caso sobre o Brasil, a CIDH pronunciou-se neste sentido, dizendo o seguinte:

No tocante à competência *ratione temporis*, a comissão é competente para analisar possíveis violações aos direitos humanos protegidos pela Declaração e pela Convenção, de acordo com os artigos 1.2.b e 20 de seu Estatuto. O fato de o Brasil ter ratificado a Convenção em 25 de Setembro de 1992 não o exime de responsabilidade por violações aos direitos humanos ocorridas antes dessa ratificação, que estão garantidos na Declaração – fonte de obrigação de acordo com o direito internacional. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] reconheceu explicitamente a força obrigatória da Declaração Americana ao estabelecer que “os artigos 1.2.b e 20 do Estatuto da Comissão definem, igualmente, sua competência a respeito dos direitos humanos enunciados na Declaração. Quer dizer, para estes Estados, a Declaração Americana constitui, no pertinente e em relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais”.

Os fatos descritos ocorreram a partir de 1983, quando o Estado ainda não havia ratificado a Convenção Americana. Sobre esta base, a Comissão tem jurisdição *ratione temporis* para determinar se no período anterior a 25 de Setembro de 1992, data da ratificação da Convenção pelo Estado, houve violação dos direitos humanos consagrados na Declaração Americana. Da mesma forma, a Comissão tem jurisdição, em virtude do tempo, no tocante às alegadas violações dos direitos humanos e liberdades previstos na Convenção Americana em relação aos fatos ocorridos posteriormente à ratificação do citado Tratado⁹⁵.

Já em relação aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de acordo com o proferido pela Corte Interamericana, a obrigação de perseguir, investigar e punir as graves violações aos direitos humanos e os crimes contra a humanidade é uma obrigação que nasce para todos os Estados Partes, de acordo com o que estabelece o artigo 1.1 da Convenção, desde o próprio momento da ratificação. Assim o lembrou no *Caso Goiburú e outros*, dizendo que “a Corte reitera que, nos termos do artigo 1.1 da Convenção Americana, os Estados estão obrigados a investigar as violações aos direitos humanos e a julgar e punir os responsáveis”⁹⁶. O não cumprimento desta obrigação significa uma violação à Convenção, com a conseqüente responsabilidade internacional do Estado, que pode emergir pela ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos⁹⁷. No *Caso Almonacid Arellano e outros*, a Corte Interamericana foi clara e detalhada ao lembrar esta obrigação em relação aos crimes de lesa-humanidade:

A obrigação, conforme o direito internacional, de levar a juízo e, se são declarados culpáveis, castigar os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre os quais se contam os crimes de lesa-humanidade, se depreende da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica o dever dos Estados Partes de organizar todo o aparelho governamental e, no geral, todas as estruturas por meio das quais o exercício do poder público se

⁹⁵ CIDH, Relatório N° 9/08, Caso 12.332, Admissibilidade, Margarida Maria Alves, Brasil, 05 de março de 2008, § 35 e 36.

⁹⁶ Cf. Corte IDH, *Caso Goiburú e Outros*, cit, § 129.

⁹⁷ Cf. Corte CDH, *Caso Ximenes Lopes*, Sentença de 04 de julho de 2006, § 172; *Caso Baldeón García*, Sentença de 06 de abril de 2006, § 140; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, Sentença de 31 de janeiro de 2006, pars. 111 e 112; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, Sentença de 15 de setembro de 2005, § 108.

manifesta, de tal forma que seja capaz de garantir juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como conseqüência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir qualquer violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar também o restabelecimento, se possível, do direito infringido e, sendo o caso, a reparação aos danos produzidos pela violação aos direitos humanos. Se o aparelho do Estado atua de maneira que tal violação fique impune e não devolve à vítima, se possível, a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que não cumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição.⁹⁸

Como assinalado antes, essa obrigação geral de perseguir, investigar e punir os responsáveis por violações graves de direitos humanos e por crimes de lesa-humanidade nasce para o Estado desde o próprio momento da ratificação da Convenção e é exigível no tocante a fatos constitutivos deste tipo de violações e crimes, cometidos antes da ratificação da Convenção pelo respectivo Estado e de sua vigência. Nesta medida, cada vez que a Corte Interamericana reafirmou o caráter inadmissível e inaplicável da prescrição nos casos de violações muito graves aos direitos humanos e dos crimes contra a humanidade como uma disposição que deriva da obrigação geral de perseguir, investigar e punir estes fatos, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção, pode-se dizer que, se o Estado do Brasil – como Estado Parte da Convenção – alega a prescritibilidade para não investigar nem punir os

crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período da ditadura (1964-1985), não estará cumprindo as obrigações gerais do artigo 1.1, violando, dessa forma, a Convenção.

3. *A proibição das leis de anistia e auto-anistia em relação aos crimes de lesa-humanidade.*

O tema da proibição das leis de auto-anistia está apresentado nas seguintes perguntas:

6. A auto-anistia fixada em lei por governos autoritários é apta, segundo os preceitos do direito internacional dos direitos humanos, a impedir a persecução penal de crimes contra a humanidade?
7. Para-a transição definitiva entre um regime autoritário e um regime democrático, a adoção de uma política de esquecimento, baseada em medidas de anistia aos autores de violações aos direitos humanos e de reparações financeiras às vítimas, sem a implementação de qualquer outra medida de justiça transicional, é uma alternativa compatível com os princípios do direito internacional dos direitos humanos?
8. Se negativa a resposta acima, quais conseqüências podem advir no plano internacional para um país que, como o Brasil, é signatário, entre outros documentos, das Convenções de Haia, da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, do Estatuto de Roma e membro das Nações Unidas, se os seus poderes constituídos alegarem empecilhos de ordem interna – como a anistia e a prescrição – para a não responsabilização de agentes públicos perpetradores de crimes contra a humanidade e a manutenção de arquivos sob sigilo? Essa postura é compatível com as obrigações internacionais do País?

⁹⁸ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros*, cit, § 110; Citados pela Corte: *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, § 166, y *Caso Godínez Cruz*. Sentença de 20 de Janeiro de 1989. Série C Nº 5, § 175.

Em relação à possibilidade de alegar a existência de leis de anistia ou auto-anistia para impedir a persecução e punição de graves violações aos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade, no *Relatório final sobre a questão da impunidade dos autores de violações dos direitos humanos*, preparado pelo Sr. Louis Joinet no ano de 1997, é dito que os autores de violações aos direitos humanos “não poderiam ser beneficiados pela anistia enquanto as vítimas não tivessem obtido justiça mediante um recurso efetivo”⁹⁹. E o *Conjunto de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*, que acompanhou este relatório, estabeleceu, em relação à anistia, que “os autores de delitos graves segundo o direito internacional e os autores de violações massivas e sistemáticas não poderiam ser beneficiados pela anistia a menos que as vítimas dispusessem de um recurso eficaz e obtivessem uma decisão equitativa e efetiva”¹⁰⁰.

Posteriormente a este conjunto de princípios, o Estatuto do Tribunal Especial para Serra Leoa dispôs expressamente em seu artigo 10 que a anistia outorgada a pessoas sob a jurisdição do Tribunal, em relação a crimes de sua competência, entre eles os crimes de lesa-humanidade, não constituiria um impedimento para a persecução. Na aplicação desta disposição, o Tribunal Especial para Serra Leoa considerou – em uma de suas primeiras

decisões – que a anistia concedida nos acordos de paz às partes que haviam intervindo no conflito armado interno não constituía um obstáculo para investigar e julgar os crimes internacionais a respeito dos quais era aplicável o princípio da jurisdição internacional¹⁰¹. O Tribunal Especial para Serra Leoa assinalou que as anistias que favoreciam estes crimes, além de infringirem o direito internacional, configuravam uma grave violação da obrigação *erga omnes* dos Estados em proteger a dignidade humana e, nesse sentido, configuravam uma afronta à consciência de humanidade.¹⁰²

O *Conjunto de princípios atualizado para a proteção e promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade*¹⁰³ estabelece em seu princípio 19 que os Estados “empreenderão investigações rápidas, minuciosas, independentes e imparciais das violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário e adotarão as medidas apropriadas no tocante a seus autores, especialmente na esfera da justiça penal, para que sejam devidamente processados, julgados e condenados”. Em conexão com este princípio, o princípio 24, referente a anistias, estabelece em seu item a que:

⁹⁹ ONU, Comissão de Direitos Humanos, Relatório final sobre a questão da impunidade dos autores de violações dos direitos humanos (direitos civis e políticos), preparado pelo Sr. L. Joinet de acordo com a resolução 1996/199 da Subcomissão, E/CB.4/Sub.2/1997/20, 26 de junho de 1997. §32.

¹⁰⁰ Princípio 28.a.

¹⁰¹ Cfr. SCSL. *The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro*. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamb, 13 March 2004.

¹⁰² Cfr. SCSL. *The Prosecutor v. Morris Kallom and Brima Buzzy Kamaro*. SCSL-2004-15-AR72 (E) and SCSL-2004-16-AR72 (E). Decision on Challenge to jurisdiction: Lomé Accord Amnesty. Appeals Chamb, 13 March 2004, § 71 e 73.

¹⁰³ ONU, Comissão dos Direitos Humanos, Conjunto atualizado de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a luta contra a impunidade, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de fevereiro de 2005.

Os autores de delitos graves segundo o direito internacional não poderão ser beneficiados por essas medidas enquanto o Estado não cumprir as obrigações enunciadas no princípio 19 ou os autores tiverem sido submetidos a juízo perante um Tribunal competente, seja internacional, internacionalizado ou nacional, fora do Estado do qual se trate.

A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos, em sua Observação Geral nº 31, assinalou que, naqueles casos em que funcionários públicos ou agentes do Estado tenham cometido tortura e outros tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, privações sumárias ou arbitrárias de vida ou desaparecimentos forçados, “os Estados Partes [do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos] do qual se trate não poderão eximir os autores de sua responsabilidade jurídica pessoal, como ocorreu em certas anistias [...] e anteriores imunidades. Ademais, nenhum cargo oficial justifica que se exima de responsabilidade jurídica as pessoas às quais seja atribuída a autoria destas violações”.¹⁰⁴ Neste sentido, ao avaliar a situação de direitos humanos no Chile, em seu relatório do ano 2007, o Comitê se referiu expressamente à Lei de Anistia ainda vigente nesse país, declarando:

O comitê reitera sua preocupação diante do Decreto-lei de Anistia Nº 2191 de 1978. Ainda que observe que, conforme o Estado Parte, este decreto já não seja aplicado pelos tribunais, considera que

o fato de continuar vigente deixa aberta a possibilidade de sua aplicação. O comitê lembra sua Observação Geral Nº 20, no sentido de que as leis de anistia, a respeito das violações aos direitos humanos, geralmente são incompatíveis com o dever do Estado Parte em investigar tais violações, garantir que as pessoas não estejam sujeitas a essas violações dentro de sua jurisdição e zelar para que não sejam cometidas violações similares no futuro (art. 2).

O Estado Parte deveria reforçar seus esforços para incorporar, o mais rápido possível, a jurisprudência da Suprema Corte sobre o Decreto-lei de Anistia Nº 2191 de 1978 ao direito interno positivo, a fim de garantir que as violações graves de direitos humanos não fiquem impunes¹⁰⁵.

O Comitê também declarou o seguinte:

Ainda que o Comitê celebre que o Estado Parte tenha tomado medidas para que as vítimas de violações aos direitos humanos cometidas pela ditadura militar no Chile recebam uma indenização, tais como a criação da Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura (CNPPT) em 2003, preocupa-lhe a falta de investigações oficiais para determinar a responsabilidade direta pelas graves violações aos direitos humanos cometidas durante esse período (arts. 2, 6 e 7);

O Estado Parte deveria vigiar para que as graves violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura não permaneçam impunes; particularmente garantindo a acusação efetiva dos responsáveis suspeitos. Deveriam ser tomadas medidas adicionais para estabelecer responsabilidades individuais. No tocante às pessoas que tenham cumprido condenação por tais atos, suas aptidões devem ser examinadas para exercerem funções públicas. O Estado Parte deveria tornar pública toda a

¹⁰⁴ Cf. ONU, CCPR, Observação Geral Nº 31, § 18.

¹⁰⁵ ONU, CCPR, Relatório Anual, 2007, Chile, § 84.5. Em relação ao Sudão, o Comitê expressou-se de forma similar: “O Comitê segue manifestando sua preocupação pelo Decreto Nº 114 de 11 de junho de 2006, referente a uma anistia geral e por seu âmbito de aplicação. Ainda que também tome nota da informação fornecida pela delegação, o Comitê continua preocupado com a capacidade do Estado Parte para levar a juízo e castigar delitos de guerra ou crimes contra a humanidade cometidos em Darfur (arts. 2, 3, 6, 7 e 12).[...] O Estado Parte deveria: ([...] e) Comprometer-se a derrogar toda disposição que conceda imunidade na nova legislação pela qual são regidas a polícia, as forças armadas e as forças nacionais de segurança; f) Assegurar-se que não seja concedida anistia a nenhuma pessoa suspeita de haver cometido, ou de estar cometendo, delitos de natureza especialmente grave [...]”. Relatório anual, 2007. Sudão, § 88.9)

documentação coletada pela Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura (CNPPT), suscetível a contribuir com a identificação daqueles responsáveis por execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e tortura.¹⁰⁶

A Corte Interamericana se pronunciou da mesma forma e reiteradamente, desde sua sentença no *Caso Barrios Altos*, quando indicou que “são inadmissíveis as disposições de anistia”¹⁰⁷. Nesta sentença a Corte Interamericana também considerou expressamente que, “[c]omo conseqüência da manifesta incompatibilidade entre as leis de auto-anistia e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, as mencionadas leis carecem de efeitos jurídicos e não podem continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos (...) nem para a identificação e castigo dos responsáveis (...)”¹⁰⁸. A adoção destas leis por um Estado Parte da Convenção implica também a violação dos artigos 8 e 25, em concordância com os artigos 1.1 e 2 da Convenção.¹⁰⁹

No *Caso Almonacid Arellano e outros*, a Corte Interamericana disse, referindo-se especificamente aos crimes de lesa-humanidade, que estes “produzem uma violação a uma série de direitos inderrogáveis reconhecidos na Convenção Americana, que não podem ficar impunes”¹¹⁰ e, nessa medida, os Estados “não podem subtrair-se ao dever de investigar, determinar e punir os responsáveis pelos crimes de lesa-humanidade, aplicando leis de

anistia ou outro tipo de normativa interna”.¹¹¹ Os crimes de lesa-humanidade são delitos para os quais a anistia não pode ser concedida.

Neste mesmo caso, a Corte Interamericana assinalou, de forma clara, que as leis de auto-anistia são *per se* infratoras da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, ao referir-se ao Decreto-lei Nº 2191 de 1978, disse que as auto-anistias

conduzem à indefensibilidade das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes de lesa-humanidade, razão pela qual são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e, indubitavelmente, afetam direitos nela consagrados. Isso constitui *per se* uma infração à Convenção e gera responsabilidade internacional do Estado. Em consequência, devido à sua natureza, o Decreto-lei nº 2191 carece de efeitos jurídicos e não pode continuar representando um obstáculo para a investigação dos fatos que constituem este caso ou para a identificação e o castigo dos responsáveis, nem pode ter impacto igual ou similar ao de outros casos de violação dos direitos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Chile¹¹².

A Corte assinalou também nesse caso que o Estado do Chile tinha a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde o próprio momento de sua ratificação, conforme as disposições do artigo 3 da Convenção. Nesta medida, o não cumprimento de sua obrigação convencional ao manter vigente a lei de auto-anistia havia sido produzido desde o momento da ratificação, independentemente de a lei ter sido adotada anteriormente e, portanto, ela era competente *rationae temporis* para pronunciar-se sobre esse não cumprimento. Disse assim:

¹⁰⁶ ONU, CCPR, Relatório anual, 2007, Chile, § 84.9.

¹⁰⁷ Cf. Corte IDH, *Caso Barrios Altos x Peru*, cit., § 41.

¹⁰⁸ Cf. Corte IDH, *Caso Barrios Altos x Peru*, cit., § 44.

¹⁰⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Barrios Altos x Peru*, cit., § 43.

¹¹⁰ Cf. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellanos e Outros x Chile*, cit., § 111.

¹¹¹ Cf. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellanos e Outros x Chile*, cit., § 114.

¹¹² Corte IDH, *Caso Almonacid Arellanos e Outros x Chile*, cit., § 118.

No que se refere à vigência do Decreto-lei Nº 2.191, não se pode alegar que o princípio de execução do suposto não cumprimento do artigo 2 da Convenção Americana tenha sido dado com sua promulgação em 1978 e que, portanto, a Corte não tenha competência para conhecer esse fato. O princípio de execução do suposto não cumprimento do artigo 2 da Convenção Americana ocorre quando o Estado se obriga a adequar sua legislação interna à Convenção, quer dizer, no momento em que a ratifica. Em outras palavras, a Corte não tem competência para declarar uma suposta violação do artigo 2 da Convenção no momento em que esse Decreto-lei foi promulgado (1987), nem sobre sua vigência e aplicação até 21 de agosto de 1990, porque até esse momento não existia o dever do Estado de adequar sua legislação interna aos padrões da Convenção Americana. Não obstante, a partir dessa data, tal obrigação vigora para o Chile, e esta Corte é competente para declarar se a cumpriu ou não.¹¹³

Igualmente, ao pronunciar-se sobre as medidas de reparação, em casos de graves violações dos direitos humanos e de crimes contra a humanidade, a Corte Interamericana considerou – no mesmo sentido em que o fez o Comitê de Direitos Humanos – que a mera indenização ou reparação material não cumprem a obrigação que os Estados têm de garantir uma reparação integral. Essa reparação deve contemplar o estabelecimento e conhecimento da verdade, a justiça, a adoção de outras medidas de reparação (de reabilitação, restituição e satisfação) e as garantias de não repetição¹¹⁴. Assim, no *Caso Goiburú e outros*, a Corte Interamericana assinalou o seguinte, ao referir-se à Lei 838 de 1996, sobre reparações:

[...] certamente a existência desta Lei Nº 838/96 [...] pode contribuir para a reparação de determinadas consequências das violações dos direitos humanos ocorridas com determinadas vítimas durante a ditadura. No entanto, enquanto os possíveis efeitos dessa lei não abrangerem uma reparação integral

às violações cometidas, o Estado não pode amparar-se em que os familiares não tenham tentado essa via para dar por satisfeita sua obrigação de reparar.¹¹⁵

No *Caso Almonacid Arellano e outros*, a Corte Interamericana reconheceu e valorizou os esforços feitos pelo Estado do Chile para reparar as vítimas da ditadura e para tratar de construir de forma coletiva a verdade do acontecido entre 1973 e 1990. No entanto, a Corte considerou que, para cumprir as obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção e para garantir os direitos à verdade e à justiça protegidos nos artigos 8 e 25 da Convenção, o Estado do Chile tinha “o dever de investigar judicialmente os fatos referentes à morte do Sr. Almonacid Arellano, atribuir responsabilidade e punir todos que resultem partícipes”¹¹⁶ sem que o Chile possa voltar a aplicar o Decreto-lei Nº 2.191 de 1978, devido à sua incompatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹¹⁷

¹¹³ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellanos e Outros x Chile*, cit., § 50.

¹¹⁴ Neste sentido, ONU, Comissão de Direitos Humanos, *Conjunto atualizado de princípios para a proteção e a promoção dos direitos humanos mediante a impunidade*, cit., princípios 31 a 38; UN. Assembléia Geral, Resolução 60/47, *Princípios e diretrizes básicas sobre o direito das vítimas de violações às normas internacionais de direitos humanos e de graves violações do direito internacional humanitário de interpor recursos e obter reparações*, 16 de dezembro de 2005, A/RES/60/147, 21 de março de 2001, princípios 15 a 25.

¹¹⁵ Corte IDH, *Caso Goiburú e outros x Paraguai*, cit., § 122.

¹¹⁶ Cf. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros*, cit., § 150. A Corte assinalou também que “o Estado não poderá argumentar prescrição, irretroatividade da lei penal, nem o princípio *ne bis in idem*, bem como qualquer excludente similar de responsabilidade para escusar-se de seu dever de investigar e punir os responsáveis.”, § 151.

¹¹⁷ Cf. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano e outros*, cit., § 151.

Pode-se então concluir, de acordo com as considerações do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Interamericana, que as leis de auto-anistia de violações graves aos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade impedem a investigação destes fatos e perpetuam sua impunidade. Nesta medida são contrárias tanto ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos como à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e configuram *per se* uma violação destes tratados. Esta violação que é em si mesma, uma violação *de iure*; gera responsabilidade internacional do Estado. Assim o disse a Corte Interamericana em sua sentença de interpretação da sentença no *Caso Barrios Altos*:

[...] a promulgação de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado Parte da Convenção constitui *per se* uma violação desta e gera responsabilidade internacional do Estado [e], devido à natureza da violação constituída pelas leis de anistia Nº 26.479 e 26.492, a resolução na sentença de fundo no *Caso Barrios Altos* tem efeitos gerais” .¹¹⁸

A tal respeito, convém considerar que a Corte Interamericana lembrou que a responsabilidade internacional dos Estados, pela violação às obrigações constantes dos tratados internacionais, “é gerada imediatamente com o ilícito internacional a ele atribuído, ainda que só possa ser exigida depois de o Estado ter tido a oportunidade de repará-lo por seus próprios meios”¹¹⁹. É igualmente importante lembrar que essa responsabilidade é gerada pela atuação de qualquer dos órgãos do Estado. Neste sentido, a Corte Internacional de Justiça recentemente se pronunciou no *Caso Aplicação da Convenção para a Prevenção e Punição do Delito de Genocídio (Bósnia e Herzegovina x Sérvia e Montenegro)*, ao analisar a responsabilidade do Estado demandado pela atuação de seus órgãos:

The first of these two questions relates to the well-established rule, one of the cornerstones of the law of State responsibility, that the conduct of any State organ is to be considered an act of the State under international law, and therefore gives rise to the responsibility of the State if it constitutes a breach of an international obligation of the State. This rule, which is one of customary international law, is reflected in Article 4 of the ILC Articles on State Responsibility [...].¹²⁰

¹¹⁸ Cf. Corte IDH, *Casos Barrios Altos, Interpretación de la Sentencia de Fundamento*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 03 de setembro de 2001. Série C Nº 83, § 18 e ponto resolutivo segundo.

¹¹⁹ Cf. Corte IDH, *Caso Gómez Paquiyauri x Peru*, Sentencia de 08 de julho de 2004, § 75.

¹²⁰ Corte Internacional de Justiça, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Sentencia 26 de fevereiro de 2007, § 385. O artigo 4 dos itens sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos estabelece: “Artigo 4 – Comportamento dos órgãos do Estado. 1. De acordo com o direito internacional será considerado ato do Estado o comportamento de todo órgão do Estado, seja exercendo funções legislativas, executivas, judiciais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e mesmo pertencendo ao governo central ou a uma divisão territorial sua. 2. Será entendido que ‘órgão’ inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição de acordo com o direito interno do Estado.” A Corte Interamericana foi reiterativa nesse sentido. Assim, no *Caso Yvon Neptun x Haiti*, lembrou: “Além do estabelecido a respeito da origem da responsabilidade internacional do Estado, em referência ao princípio de unidade do Estado neste assunto, a Corte estabeleceu que essa responsabilidade se fundamenta em “atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana” e é gerado de forma imediata com o ilícito internacional atribuído ao Estado, pois é um princípio de Direito internacional que o Estado responde pelos atos e omissões de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial, mesmo que atuem fora dos limites de sua competência”, *Caso Yvon Neptun x Haiti*, Sentencia de 06 de maio de 2008, § 43, sem citações internas.

Em relação ao surgimento da responsabilidade internacional do Estado, é igualmente relevante considerar o proferido pela Corte Interamericana no *Caso Almonacid Arellano e outros*, a respeito da responsabilidade que corresponde aos juízes e tribunais no cumprimento das obrigações convencionais do Estado:

A Corte está consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas, quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o tratado, como também a interpretação que dele fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.¹²¹

As considerações do Comitê de Direitos Humanos e da Corte Interamericana sobre a inadmissibilidade das disposições de anistia ou auto-anistia em relação a graves violações aos direitos humanos e crimes de lesa-humanidade, são coincidentes com as do Secretário-geral das Nações Unidas. Em seu relatório *O Estado de direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos*, indicou que as normas sobre direitos humanos e justiça penal internacional, que “representam princípios de aplicação universal, adotados sob os auspícios das Nações Unidas, estabelecem os limites normativos da participação das Nações em apoio ao Estado de direito e à justiça, entre eles, “o de que os acordos de paz

aprovados pelas Nações Unidas nunca possam prometer anistias por crimes de genocídio, de guerra ou de lesa-humanidade ou infrações graves dos direitos humanos”¹²². Em consequência, no mesmo relatório o Secretário-geral recomendou que, nos acordos de paz e nos mandatos e resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, “[s]e rejeite a anistia em casos de genocídio, crimes de guerra ou crimes de lesa-humanidade, incluídos os delitos internacionais relacionados com etnia, gênero e sexo, e se garanta que nenhuma anistia concedida anteriormente constitua um obstáculo para levar a juízo perante qualquer Tribunal criado o assistido pelas Nações Unidas”¹²³.

Existe, deste modo, uma posição unificada do sistema universal e do sistema interamericano de considerar que as leis de anistia e de auto-anistia que impedem a investigação e a punição das graves violações de direitos humanos e dos crimes de lesa-humanidade são contrárias a princípios de aplicação universal e violam, *de iure*, tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹²¹ Corte IDH, *Caso Almonacid Arrelano e outros*, cit. § 124.

¹²² Cf. ONU, Relatório do Secretário-geral sobre o Estado de direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos, S/2004/616 de 03 de agosto de 2004, § 10.

¹²³ Cf. ONU, Relatório do Secretário Geral sobre o Estado de Direito e a justiça de transição nas sociedades que sofrem ou sofreram conflitos, S/2004/616 de 03 de agosto de 2004, § 64.c.

Conclusões

Com base no indicado nos pontos anteriores, podem ser formuladas as seguintes conclusões:

1. Os atos de seqüestro, homicídio, falsidade ideológica e ocultação de cadáver cometidos por agentes do Estado do Brasil durante o período da ditadura militar (1964 a 1985) são atos inumanos que configuram crimes de lesa-humanidade, por seu caráter generalizado e sistemático, articulados a uma política do Estado e dirigidos contra setores da população civil. Sua qualidade de crimes de lesa-humanidade está fundamentada em normas de direito internacional já vigentes no ano de início do período da ditadura.
2. Os crimes contra a humanidade figuram entre os delitos de direito internacional mais graves, cuja persecução e punição não admite prescrição. A imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade é um princípio do direito internacional reconhecido como tal pela Assembléia Geral das Nações Unidas antes da aprovação da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade em 1968. Com fundamento neste princípio de direito internacional, os Estados têm a obrigação de perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade. Neste sentido, pode-se dizer que a não ratificação da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade por um Estado não o exime de sua obrigação de investigar e punir

estes crimes, porque a Convenção ampara um princípio de direito internacional vigente antes de sua aprovação.

3. O Estado do Brasil está obrigado, nesta medida, por princípios de direito internacional geral, a perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade cometidos em seu território e/ou cometidos por seus agentes. Um não cumprimento destes princípios poderia ser também considerado uma infração do caráter imperativo da proibição de cometer crimes de lesa-humanidade. O Estado do Brasil está também obrigado, nestes mesmos termos, a perseguir e punir as muito graves violações dos direitos humanos, entre elas, as execuções extrajudiciais, a tortura e o desaparecimento forçado.
4. O não cumprimento do mandato estabelecido no princípio de imprescritibilidade como princípio de direito internacional não só significa uma violação à obrigação dos Estados em geral de respeitar os cânones da entidade de princípios do direito internacional, mas também, e de uma forma fundamental, significa um não cumprimento das obrigações convencionais gerais que os Estados Parte de tratados como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos têm de investigar e punir as graves violações de direitos humanos e os crimes de lesa-humanidade.
5. No caso da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a obrigação geral de perseguir, investigar e punir os responsáveis por graves violações dos direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade é uma obrigação que nasce para o Estado a partir do momento da ratificação da Convenção, e é exigível em relação a atos constitutivos desse tipo de violações e crimes, cometidos antes de sua ratificação e vigência pelo respectivo Estado. Portanto, pode-se dizer que, se o Estado do Brasil – como Estado Parte da Convenção – alega a prescritibilidade para não investigar nem punir os crimes de lesa-humanidade cometidos durante o período da ditadura (1964-1985), não estaria cumprindo as obrigações gerais do artigo 1.1 e estaria, desta forma, violando a Convenção.
6. Igualmente, de acordo com o Comitê de Direitos Humanos e a Corte Interamericana, as leis de auto-anistia de graves violações de direitos humanos e de crimes de lesa-humanidade impedem as investigações destes fatos e perpetuam sua impunidade. Nesta medida são contrárias tanto ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e configuram *per se* uma violação destes tratados. Esta violação, que é em si mesma uma violação *de iure*, gera responsabilidade internacional do Estado.
7. O cumprimento por parte do Estado do Brasil de sua obrigação internacional de perseguir e punir os crimes de lesa-humanidade, abstendo-se de alegar para não fazê-lo a prescrição da ação penal, bem como a existência de leis de auto-anistia ou anistia, significa que o Estado cumpre adequadamente suas obrigações internacionais e que o faz de boa fé.

Nova Iorque (EUA), 15 de setembro de 2008.

Juan Méndez

Tatiana Rincón Covelli

Presidente ICTJ

Assessora Jurídica.”

