



A JUDICIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL E O USO DO CONCEITO DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE:

**Uma análise empírica das ações penais oferecidas pelo Grupo de Trabalho
Justiça de Transição do Ministério Público Federal por crimes perpetrados
por agentes de Estado no período da ditadura militar brasileira
(1964-1985)**

Relatório de Pesquisa (Jul/20 - Jul/21)

Grupo de Estudo e Pesquisa sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Núcleo de Direitos Humanos, Departamento de Direito, PUC/Rio

Julho, 2021.



GEP-SIDH/NDH(PUC-RIO). A judicialização da Justiça de Transição no Brasil e o uso do conceito de crime contra a humanidade: Uma análise empírica das ações penais oferecidas pelo Grupo de Trabalho Justiça de Transição do Ministério Públíco Federal por crimes perpetrados por agentes de Estado no período da ditadura militar brasileira (1964-1985). Relatório de pesquisa, Julho 2021.

Equipe de pesquisa

• Pesquisadores:

Andrea Schettini (coordenação)

Eduardo Baker (coordenação)

Iamê Barata

Julia Bernardo Costa

Maria Carolina Soares

Malu Stanchi (coordenação)

Melissa Kreil

Patrícia Ladogano

Thaís Detoni (coordenação)

Rudá de Oliveira

Vitória Westin (coordenação)

• Colaboradores:

Amanda Cataldo

Maria Izabel Varella

Fabio Cascardo

José da Silva Raimundo

Jorge Alberto de Oliveira

Lara Justi

Índice

Introdução	6
1. Considerações metodológicas	11
1.1. As etapas da pesquisa	11
1.2. Etapa 1 e 2: o <i>corpus</i> da pesquisa	11
1.3. Etapa 3: Exploração do material	14
1.4. Etapa 4 e 5: Análise do material e escrita do relatório	15
2. Análise quantitativa das decisões judiciais proferidas no curso das ações penais mapeadas	15
3. Cinco teses jurídicas	22
3.1. O conceito de crime contra a humanidade pode (ou não pode) ser aplicado aos delitos perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira	23
3.2. Os crimes perpetrados no contexto da ditadura militar brasileira são (ou não são) passíveis de prescrição	33
3.3. A anistia concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) incide (ou não incide) nos crimes perpetrados no contexto da ditadura militar brasileira	41
3.3.1. Anistia como causa extintiva de punibilidade	45
3.3.2. Os contornos do conceito de "crime conexo" e o alcance da anistia	48
3.3.3. Lei de Anistia como "concerto político"	52
3.3.4. Efeito vinculante da ADPF 153 / Julgamento pendente da ADPF 320	57
3.4. A anistia, concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), incide (ou não incide) sobre o crime de sequestro (ou ocultação de cadáver)	61

3.4.1. Argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para acatar a tese segundo a qual os crimes de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver não são passíveis de anistia	63
3.4.2. Argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para rejeitar a tese segundo a qual os crimes de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver não são passíveis de anistia	70
3.5. O Poder Judiciário deve (ou não deve) realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia	75
3.5.1. Sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos (em especial, sobre a hierarquia da CADH frente à CF/88)	79
3.5.2. Sobre a suposta hierarquia entre o STF e a Corte IDH	87
3.5.3. Sobre o efeito vinculante das sentenças da Corte IDH	92
4. Conclusões	100

Anexos

Anexo I (tabela de casos/ ações penais)	103
Anexo II (exemplo de fichamento de uma das ações penais mapeadas)	106

Lista de siglas e abreviações

ADPF: Ação por descumprimento de preceito fundamental

Art.: Artigo

CADH: Convenção Americana sobre Direitos Humanos

CF: Constituição Federal

CIDH: Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CP: Código Penal

Corte IDH: Corte Interamericana de Direitos Humanos

DIDH: Direito Internacional dos Direitos Humanos

EC: Emenda constitucional

GTJT: Grupo de Trabalho Justiça de Transição

HC: *Habeas Corpus*

MPF: Ministério Público Federal

Rel.: Relator

ReSE: Recurso em sentido estrito

SIDH: Sistema Interamericano de Direitos Humanos

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TRF: Tribunal Regional Federal

Introdução

Este relatório é resultado da pesquisa desenvolvida, entre julho de 2020 e julho de 2021, pelo Grupo de Estudo e Pesquisa sobre Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹ do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio. O objetivo central da pesquisa consistiu em analisar como o Poder Judiciário nacional tem aceitado ou rejeitado o uso do conceito de crime contra a humanidade para qualificar delitos perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira (1964-1985)². Buscamos, ao longo da pesquisa, identificar as principais teses jurídicas utilizadas pelos magistrados nacionais para fundamentar ou afastar o dever do Estado brasileiro de investigar, punir e reparar graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade³ praticados por agentes de Estado no período ditatorial.

De modo mais amplo, este estudo encontra-se inserido no campo teórico e prático da justiça de transição. Volta-se especificamente para a investigação do processo de judicialização da justiça de transição brasileira, buscando compreender a atuação do Poder Judiciário nacional quanto à responsabilização criminal de agentes de Estado envolvidos em crimes perpetrados durante a ditadura militar. Perpassa, portanto, uma série de temas centrais, como: a recepção ou não da categoria de crime contra a humanidade pelo Poder Judiciário nacional, o exercício do controle de convencionalidade da Lei de Anistia e o cumprimento ou não de compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em matéria de direitos humanos (principalmente no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos).

¹ O Grupo é formado por professores, alunos de pós-graduação (doutorado e mestrado) e de graduação do Departamento de Direito da PUC-Rio. Dentre suas principais atividades, destacamos: (i) a análise dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos humanos; (ii) o posicionamento do Brasil em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos; (iii) a produção de *amicus curiae* para a Corte Interamericana; (iv) a seleção e treinamento de equipes que participam de competições de julgamento simulado sobre Direito Internacional de Direitos Humanos.

² Em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, por delitos (ou crimes) perpetrados no contexto da ditadura militar brasileira compreendemos aqueles cometidos por ação ou omissão de agentes do Estado ou terceiros que ajam em seu nome ou contem com a sua conivência e anuência.

³ O conceito de graves violações de direitos humanos encontra-se mais associado ao arcabouço do Direito Internacional dos Direitos Humanos, enquanto o conceito de crime contra a humanidade ao arcabouço do Direito Internacional Penal. Cabe destacar, contudo, que, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Comissão e a Corte Interamericana entendem que as consequências jurídicas decorrentes de ambos esses conceitos (no que se refere à responsabilidade internacional dos Estados) são as mesmas, dentre as quais destacam-se: o dever do Estado de investigar, julgar e sancionar *ex officio* os responsáveis, bem como a consequente impossibilidade de incidência de anistia, prescrição ou outras disposições similares (como indulto, princípio do *non bis in idem* ou da coisa julgada) que impeçam a investigação ou sanção de graves violações ou crimes contra a humanidade.

Cumpre ressaltar que a qualificação de crime contra a humanidade é outorgada aos delitos perpetrados durante a ditadura militar brasileira -- assassinatos, torturas, prisões ilegais, desaparecimentos forçados, violências sexuais, dentre outros -- tanto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso Herzog e outros vs. Brasil (2018), como também pelo Ministério Público Federal (MPF), em denúncias criminais oferecidas internamente. De acordo com a Corte IDH, crimes contra a humanidade são um dos delitos de Direito Internacional, juntamente com crimes de guerra, genocídio, escravidão e crimes de agressão. Representam uma grave ameaça à paz e à segurança da humanidade, fazendo parte de uma estratégia ou política de Estado contra uma população ou grupo de pessoas. Por isso, esclarece a Corte IDH:

Aqueles que os cometem, tipicamente, devem ser agentes estatais encarregados do cumprimento dessa política ou plano, que participam de atos de assassinato, tortura, estupro e outros atos repudiáveis contra civis, de maneira sistemática ou generalizada.⁴

O conceito jurídico de crime contra a humanidade foi cristalizado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em seu artigo 7º:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", **qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:** a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado de pessoas; j) Crime de *apartheid*; k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental. (*grifo nosso*)

Em razão de sua gravidade, a proibição dos crimes contra a humanidade é norma de *jus cogens*⁵ e a sua penalização é tida por obrigatoriedade em conformidade com o Direito

⁴ CORTE IDH. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018, para. 222.

⁵ Afirmar que crimes contra a humanidade são normas de *jus cogens* significa que: "essa proibição é aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de direito internacional geral que tenha o mesmo caráter." Ver: Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Viena, 23 de maio de 1969), art. 53.

Internacional⁶. Tal proibição foi afirmada expressamente pela Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 26 de novembro de 1968. Esse documento, contudo, apenas ratificou princípios pré-existentes⁷ na ordem internacional, possuindo caráter meramente declarativo, o que implica que os Estados devem implementá-lo independentemente de terem-no ratificado⁸.

Do conceito jurídico de crime contra a humanidade, decorrem duas observações importantes, desenvolvidas pela Corte IDH em sua jurisprudência. Em primeiro lugar, é dever dos Estados investigarem e punirem os crimes contra a humanidade, não sendo a eles permitido invocar a prescrição, o princípio *ne bis in idem*, leis de anistia ou qualquer outra disposição similar que impeça a investigação e sanção dos responsáveis. Em segundo lugar, entende-se que “a inexistência de normas de direito interno que estabeleçam e punam os crimes internacionais não exime, em nenhum caso, seus autores de responsabilidade internacional e o Estado de punir esses crimes”⁹. De acordo com a Corte IDH, o crime contra a humanidade não é um tipo penal em si mesmo, mas uma qualificação de condutas criminosas que já se encontram tipificadas pelos diferentes ordenamentos jurídicos nacionais¹⁰.

Por sua vez, no âmbito jurídico nacional, o Ministério Público Federal, em denúncias criminais oferecidas pelo Grupo de Trabalho Justiça de Transição (GTJT) da 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, também emprega o conceito de crime contra a humanidade para qualificar os crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto ditatorial¹¹. O referido Grupo de Trabalho foi criado em 2012 e tem por objetivo promover a investigação e persecução das graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade cometidos na ditadura contra dissidentes do regime militar, de modo a dar cumprimento às obrigações internacionalmente assumidas pelo Estado brasileiro (em especial às condenações do Brasil na Corte IDH nos casos Araguaia e Herzog¹²). O órgão ministerial desenvolve o

⁶ CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, para. 99.

⁷ Destaca-se que, nos anos de 1945 e 1946, o Tribunal de Nuremberg já havia reconhecido expressamente a proibição dos crimes contra a humanidade como direito costumeiro internacional.

⁸ CORTE IDH. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018, para. 214.

⁹ CORTE IDH. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018, para. 232.

¹⁰ CORTE IDH. Caso Herzog e outros vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018, para. 308.

¹¹ Tal conceito pode ser encontrado nas peças das denúncias criminais e/ou nas cotas introdutórias às mesmas.

¹² Existem atualmente duas sentenças proferidas pela Corte IDH sobre violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro durante a ditadura militar (1964-1985): Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil (sentença de 24 de novembro de 2010) e Caso Herzog e outros vs. Brasil (sentença de 15 de março de 2018).

conceito de crime contra a humanidade à luz do Direito Internacional e da jurisprudência da Corte IDH, defendendo a tese de que os assassinatos, prisões ilegais, torturas, desaparecimentos forçados (sequestros e ocultações de cadáver), violências sexuais, falsidade ideológica, dentre outros delitos, foram perpetrados por agentes da ditadura militar em um contexto de ataque sistemático e generalizado contra a população brasileira.

O conjunto das ações penais propostas internamente pelo GTJT do MPF constitui nosso principal objeto de investigação. Investigação esta que, mesmo voltando-se para a análise de documentos de direito interno (decisões proferidas em processos judiciais), não perde de vista o arcabouço do Direito Internacional dos Direitos Humanos (em especial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos). Ao longo da pesquisa, buscamos construir uma lente de análise capaz de colocar o direito brasileiro em relação constante com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), a fim de investigar suas conexões, lacunas e conflitos, de natureza tanto jurídica quanto política. Foi a partir dessa lente de análise que definimos nossas ferramentas metodológicas, adotando categorias e propondo questões situadas necessariamente na interseção entre a ordem jurídica nacional e a internacional.

A partir da análise das referidas ações penais, identificamos cinco principais teses jurídicas (com seus respectivos desdobramentos argumentativos) extraídas das decisões judiciais proferidas nos autos dos processos. Ainda que tenhamos optado por apresentá-las separadamente neste relatório, estas cinco teses não devem ser tomadas como excludentes. Na verdade, trata-se de construções jurídicas interdependentes que aparecem, muitas das vezes, sobrepostas nas diferentes decisões judiciais analisadas. São elas:

- (A) O conceito jurídico de crime contra a humanidade pode (ou não pode) ser empregado para qualificar os delitos perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar.
- (B) Os crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar são (ou não são) passíveis de prescrição.
- (C) A anistia concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) incide (ou não incide) nos crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar.
- (D) A anistia, concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), incide (ou não incide) sobre o crime de sequestro (ou ocultação de cadáver), perpetrado no contexto da ditadura militar.
- (E) O Poder Judiciário deve (ou não deve) realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia.

Este relatório divide-se, assim, em quatro partes. A primeira aborda considerações metodológicas da pesquisa. A segunda analisa as decisões judiciais proferidas no curso das ações penais a partir de dados quantitativos, inferindo-se deles algumas conclusões sobre a atuação do Poder Judiciário no âmbito da justiça de transição brasileira. A terceira parte apresenta cada uma das cinco teses jurídicas, acima elencadas, desenvolvendo-as a partir das decisões judiciais mapeadas em cada processo. E a quarta e última parte apresenta algumas conclusões da pesquisa. Cabe ressaltar, por fim, que este é um relatório preliminar (agosto/20 a agosto/21) de uma pesquisa ainda em andamento. Eventuais atualizações processuais e aprofundamento das análises serão realizados até o final do ano de 2021, quando pretendemos publicar nosso relatório final.

1. Considerações Metodológicas

1.1. As etapas da pesquisa

Esta pesquisa dividiu-se em cinco etapas. A primeira delas consistiu no estudo da categoria de crime contra a humanidade na jurisprudência da Corte IDH, visando mapear seus contornos conceituais, bem como suas consequências jurídicas no âmbito do DIDH. A segunda consistiu na delimitação do *corpus* da pesquisa, ou seja, na definição de quais documentos (no caso, processos judiciais) deveriam ser objeto de nossa análise. Nesse momento, também estabelecemos nossas fontes primárias, bem como algumas das categorias e critérios de análise que deveriam ser considerados. Na terceira etapa, avançamos para a análise de cada uma das ações penais selecionadas. Para tanto, elaboramos fichamentos de todas as ações, sistematizando as principais informações constantes nas decisões judiciais proferidas nos respectivos autos processuais (vide exemplo no anexo II). Elaboramos também uma planilha (anexo I) com todos os casos, levando em consideração alguns dos critérios de análise previamente definidos. A quarta etapa, por sua vez, consistiu na apresentação dos fichamentos elaborados pelos pesquisadores, a fim de mapearmos coletivamente as principais teses jurídicas encontradas nas decisões judiciais analisadas. A quinta e última etapa consistiu na elaboração e escrita deste relatório parcial de pesquisa. Para fins de exposição dos caminhos da pesquisa, apresentaremos, abaixo, algumas dessas fases.

1.2. Etapas 1 e 2: o *corpus* da pesquisa

Foi à luz da jurisprudência da Corte IDH¹³ e do arcabouço do Direito Internacional dos Direitos Humanos que nos voltamos para o estudo do processo de judicialização da justiça de transição no Brasil. No âmbito interno, a construção do *corpus* da pesquisa partiu, inicialmente, de três fontes. A primeira delas foi o *website* do Grupo de Trabalho Justiça de Transição (GTJT) do MPF¹⁴. Nele, encontram-se disponibilizadas as denúncias oferecidas em relação aos delitos perpetrados no contexto ditatorial, bem como a numeração das ações

¹³ Dentre as sentenças lidas coletivamente pelo grupo, destacamos: Goiburú vs. Paraguai (2006); Almonacid Arellano vs. Chile (2006); Gelman vs. Uruguai (2011) e Herzog vs. Brasil (2018).

¹⁴ Ver: <https://justicadetransicao.mpf.mp.br/pesquisa-documental>

penais, as varas correspondentes, o nome dos acusados e das vítimas¹⁵. A segunda fonte consistiu no Projeto Ditadura e Responsabilização, desenvolvido pelo Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, que disponibiliza online uma série de informações e peças processuais sobre as ações criminais que tratam de crimes perpetrados na ditadura¹⁶. E a terceira fonte foi um relatório de pesquisa, publicado em novembro de 2019 pela International Bar Association's Human Rights Institute (Ibahri), intitulado “Justiça de Transição em 2019: a judicialização de casos relacionados à ditadura militar no Brasil”, no qual são apresentadas algumas das principais decisões relevantes na esfera penal interna.

A partir desse levantamento inicial, chegamos ao total de 51 (cinquenta e uma) ações penais de casos relacionados à ditadura militar no Brasil (ver anexo I). Vale ressaltar que o levantamento leva em consideração a data limite de 30 de junho de 2021, o que implica que novas denúncias podem vir a ser apresentadas após a publicação do presente relatório. Todas elas tramitaram ou ainda tramitam no âmbito da Justiça Federal (englobando uma série de estados como Goiás, Pará, Rio de Janeiro, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins) e versam sobre diferentes tipos de delitos, como homicídio, estupro, sequestro, lesão corporal qualificada (tortura), ocultação de cadáver (desaparecimento forçado), falsidade ideológica, abuso de autoridade, crime de quadrilha armada e atentado à bomba¹⁷.

Após a delimitação das ações penais, passamos à escolha dos documentos, nelas constantes, que deveríamos analisar. Considerando que a pergunta central desta pesquisa volta-se para a atuação do Poder Judiciário, optamos por analisar somente decisões judiciais tomadas no curso dos processos¹⁸. Importante ressaltar, contudo, que foi necessário incluir, dentre os documentos a serem lidos na segunda etapa da pesquisa, todas as denúncias criminais oferecidas pelo MPF¹⁹ (atentando-se para se as mesmas faziam menção, em seu texto, ao conceito de crime contra a humanidade e/ou se utilizavam da expressão “ataque sistemático e generalizado à população civil”). As decisões judiciais, objeto de nossa investigação, são documentos públicos e foram proferidas tanto em primeira quanto em

¹⁵ Cabe ressaltar que apenas uma ação penal, analisada em nossa pesquisa, não está listada dentre aquelas indicadas no site do GTJT do MPF. Trata-se da ação penal 5001469-57.2020.4.03.6181 (Caso Vladimir Herzog).

¹⁶ Ver: <https://cjt.ufmg.br/acoes-criminais/>

¹⁷ Ver: <https://justicadetransicao.mpf.mp.br/justica-criminal>

¹⁸ Excluindo-se do escopo da pesquisa peças processuais apresentadas pelo MPF ou pela defesa dos acusados.

¹⁹ As denúncias contribuíram, ainda, para a apuração dos fatos dos casos e para o conhecimento das tipificações penais imputadas aos acusados.

segunda instância (pelos juízes federais²⁰ que atuavam nas seções judiciais/varas ou Tribunais Regionais Federais), bem como no âmbito do STJ e do STF. Foram elas: (i) recebimento ou rejeição da denúncia; (ii) Recurso em sentido estrito; (iii) *Habeas Corpus*; (iv) Recurso Especial; (v) Recurso Extraordinário; (vi) Reclamação Constitucional; (vii) Embargos de declaração; (viii) Embargos infringentes; (ix) Recurso Ordinário.

Nosso objetivo, ao selecionar tais documentos (as decisões judiciais acima referidas), era, por um lado, mapear como os magistrados se posicionavam diante do conceito de crime contra a humanidade e, por outro lado, identificar as principais teses jurídicas utilizadas para fundamentar ou afastar o dever do Estado brasileiro de investigar e punir crimes praticados por agentes de Estado no contexto ditatorial. Para tanto, formulamos, ainda nesse momento inicial, algumas perguntas a serem respondidas durante a leitura dos referidos documentos:

- (i) A denúncia oferecida pelo MPF aborda o conceito de crime contra a humanidade?
- (ii) A denúncia oferecida pelo MPF aborda a expressão “ataque sistemático e generalizado contra a população civil”?
- (iii) A denúncia foi aceita ou rejeitada na decisão do juízo de primeira instância?
- (iv) A decisão judicial em questão analisa o conceito de crime contra a humanidade?
- (v) A decisão judicial em questão acata ou refuta o conceito de crime contra a humanidade?
- (vi) Quando o conceito de crime contra a humanidade é analisado pela decisão judicial, quais argumentos jurídicos são desenvolvidos? (que façam referência: ao Direito Internacional dos Direitos Humanos/ ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos/ ao direito interno)
- (vii) Quando o conceito de crime contra a humanidade não é analisado pela decisão judicial, quais argumentos jurídicos são desenvolvidos?

Por fim, cabem duas observações. Em primeiro lugar, é importante registrar que conseguimos ter acesso à enorme maioria das decisões judiciais proferidas nos autos das ações penais analisadas, todas elas de acesso público²¹. O acesso aos autos dos processos (e consequentemente às decisões judiciais neles proferidas) foi feito tanto pelos sites dos respectivos Tribunais Regionais Federais, do STJ e do STF quanto através do Sistema PJe (Processo Judicial Eletrônico). Em segundo lugar, é preciso esclarecer que a data de atualização do andamento processual de cada ação penal pode variar, em virtude do momento no qual foi realizada a última inserção de dados por cada pesquisador/a, em respeito ao

²⁰ Nas decisões dos Tribunais Regionais Federais, é comum encontrarmos a designação “desembargador federal”, embora a mesma não exista formalmente. Ainda assim, optamos por manter o termo “desembargador federal” sempre que o mesmo constava nos documentos analisados.

²¹ Indicamos, nos fichamentos, quando o acesso não foi possível. Ademais, não poderíamos deixar de mencionar que, em muitos casos, tal acesso foi extremamente difícil, o que revela os obstáculos ainda existentes nas ferramentas de busca das decisões do Poder Judiciário, colocando em xeque a real publicização de seus atos.

cronograma de desenvolvimento da pesquisa. De toda forma, tais datas estão indicadas na planilha geral dos casos.

1.3. Etapa 3: Exploração do material

Após a delimitação do *corpus* da pesquisa, passamos à leitura de todas as decisões judiciais (acima discriminadas) em cada uma das 51 (cinquenta e uma) ações penais. Elaboramos um fichamento (vide anexo II) para cada ação penal, no qual sistematizamos as principais informações encontradas através da leitura das decisões judiciais. A estrutura do fichamento apresenta:

(i) Informações gerais sobre o caso²²: número do processo; nome da(s) vítima; nome do(s) acusado(s); resumo dos fatos (feito a partir dos fatos narrados na denúncia criminal apresentada pelo MPF); decisões judiciais constante nos autos; último andamento processual; última data de atualização; eventuais observações (onde inserimos, por exemplo, comentários sobre não termos tido acesso à alguma decisão judicial).

(ii) Informações sobre a decisão de rejeição ou recebimento da denúncia: órgão julgador; a denúncia foi recebida ou rejeitada?; a decisão analisa o conceito de crime contra a humanidade?; ele é aceito ou refutado?; quais argumentos jurídicos são utilizados (no âmbito do DIDH, do SIDH e do direito interno)?; quais outros argumentos relevantes foram encontrados na decisão?

(iii) Informações sobre o julgamento de recursos no curso das referidas ações penais: Além das informações elencadas no ponto logo acima, cabe registrar que analisamos não somente o acórdão da decisão, como também os votos dos respectivos julgadores (sempre que o voto encontrava-se disponível), diferenciando voto vencedor e voto vencido, a fim de iluminarmos eventuais conflitos entre tese jurídicas.

Cabe esclarecer que a pergunta “a decisão judicial analisa o conceito de crimes contra a humanidade?” foi respondida afirmativamente sempre que a decisão abordou tal conceito, seja de modo mais ou menos aprofundado, para refutá-lo ou acatá-lo. A pergunta foi, contudo, respondida negativamente nos casos em que o magistrado/a não mencionou o conceito de crime contra a humanidade em sua decisão, mencionou-o única e exclusivamente como argumento trazido aos autos pela denúncia do MPF (sem realizar qualquer análise do mesmo) ou mencionou-o em parte da decisão que apenas reproduzia jurisprudência de outro órgão julgador (sem que o conceito tivesse relevância para o argumento da decisão analisada).

²² Os casos são nomeados levando em consideração o nome da(s) vítima(s).

É preciso dizer, ainda, que tomamos o cuidado de preencher o fichamento levando sempre em consideração os termos e argumentos jurídicos encontrados nas decisões judiciais analisadas. Nesse sentido, optamos por reproduzir as exatas palavras do magistrado/a entre aspas para evitar, pelo menos nesse momento da pesquisa, eventuais interpretações da nossa parte. A partir dos fichamentos, pudemos posteriormente selecionar os trechos dos variados julgados de modo a desenvolver as cinco teses jurídicas mapeadas pela pesquisa (e analisadas na parte 3 deste relatório).

Para além dos fichamentos, elaboramos também uma planilha geral contendo informações sobre os 51 (cinquenta e um) casos (anexo I). A partir dessa ferramenta, desenvolvemos uma análise quantitativa do *corpus* da pesquisa. Cabem, contudo, duas observações sobre esse ponto. Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que a planilha sistematiza informações apenas sobre as decisões judiciais de primeira (recebimento ou rejeição da denúncia) e segunda (ReSE e HC) instâncias, excluindo decisões proferidas pelo STJ e STF. Disso decorre que a análise quantitativa apresentada, na parte 2 deste relatório, está limitada a tais decisões. Em segundo lugar, é preciso chamar atenção para o fato de que a análise quantitativa aqui apresentada é necessariamente provisória, já que não somente novas denúncias criminais podem ser apresentadas, como também a grande maioria das ações penais ainda está em curso. Ainda assim, tal análise não deve ser desprezada, na medida em que contribui para uma visão mais geral e estrutural da atuação do Poder Judiciário brasileiro no âmbito da responsabilização penal de agentes de Estado por crimes perpetrados na ditadura militar.

1.4 Etapa 4 e 5: Análise do material e escrita do relatório

Após a sistematização das informações, através dos fichamentos das ações penais e preenchimento da planilha, apresentamos os casos em reuniões coletivas. O objetivo das apresentações foi definir coletivamente as principais teses jurídicas que perpassam as decisões judiciais, mapeadas e analisadas nas etapas anteriores. A partir desse debate coletivo, chegamos às cinco teses jurídicas, acima já elencadas.

Cumpre ressaltar que, na parte 3 deste relatório de pesquisa, apresentamos as cinco teses jurídicas levando em consideração apenas os argumentos encontrados nas decisões judiciais analisadas. Os trechos dos julgados foram reproduzidos exatamente como constam nas respectivas decisões, seguidos sempre da referência de onde foram extraídos. Ademais,

buscamos dar destaque aos posicionamentos majoritários e minoritários encontrados na jurisprudência, a fim de iluminar eventuais conflitos acerca das teses mapeadas. Ao longo da pesquisa, concluímos que as referidas teses jurídicas são construções jurídico-políticas (muitas vezes, em disputa), capazes de expor os principais obstáculos para a responsabilização penal dos crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira.

2. Análise quantitativa das decisões judiciais proferidas no curso das ações penais mapeadas

Esta parte do relatório apresenta uma análise quantitativa das decisões judiciais -- de primeira (recebimento e rejeição da denúncia) e segunda instâncias (ReSE, HC) -- proferidas no curso das ações penais que fazem parte do *corpus* da pesquisa. A partir da análise das mesmas, foi possível inferir os seguintes dados, dispostos na planilha de casos (anexo I):

- O Ministério Público Federal (MPF) ofereceu, até o final do mês de junho de 2021, 51 (cinquenta e uma) denúncias criminais de delitos perpetrados no contexto da ditadura militar brasileira.
- Desse universo de 51 processos:
 - 10 (dez) processos transitaram em julgado.
 - 41 processos ainda estão em curso.
 - 1 (um) processo teve sentença condenatória em primeira instância²³, cabendo ainda recurso.
- Dessas 51 (cinquenta e uma) denúncias criminais oferecidas pelo MPF:
 - 40 (quarenta) foram rejeitadas em decisão do juízo de primeira instância.
 - 8 (oito) foram recebidas em decisão do juízo de primeira instância²⁴.
 - Em 3 (três) casos ainda não havia informações disponíveis sobre o recebimento ou a rejeição das denúncias²⁵.

²³ Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181 (Caso Edgard Aquino Duarte)

²⁴ Dentre estas oito denúncias recebidas, duas denúncias tratam de casos ocorridos no contexto da repressão à Guerrilha do Araguaia: Ação Penal 0001162- 79.2012.4.01.3901 / 0006231-92.2012.4.01.3901 (Caso Hélio Luiz Navarro Magalhães, Maria Célia Corrêa, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua, Telma Regina Cordeira Corrêa) e Ação Penal 0004334-29.2012.4.01.3901 / 0006232-77.2012.4.01.3901 (Caso Divino Ferreira de Souza). Os demais casos são: 0011580-69.2012.4.03.6181 (Edgard Aquino Duarte); 0017766-09.2014.4.02.5101 (Caso Riocentro); 0023005-91.2014.4.02.5101 (Rubens Beyrodt Paiva); 0013526-03.2017.4.03.6181 (caso Feliciano Eugênio Neto); 0014922-47.2018.4.02.5101 (Espedito de Freitas); 5005036-93.2019.4.02.5103 (Ana Rosa Kucinski Silva, Armando Teixeira Frutuoso, David Capistrano da Costa, Eduardo Collier Filho, Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira, João Batista Rita, João Massena Melo, Joaquim Pires Cerveira, José Roman, Luiz Ignácio Maranhão Filho, Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto e Wilson Silva)

²⁵ Em um deles -- Ação Penal 1004937-41.2019.4.01.390 (Caso Lúcia Maria de Souza) --, não conseguimos ter acesso aos autos e, em dois -- Ação Penal 0003737-43.2018.4.03.6181 (Caso Aylton Mortati) e Ação Penal 5003562-56.2021.4.03.6181 (Caso Devanir Carvalho) --, a decisão sobre o recebimento ou rejeição ainda não havia sido proferida.

- Das 40 (quarenta) decisões judiciais de primeira instância que rejeitaram a denúncia:
- 22 (vinte e duas) delas abordaram o conceito de crime contra a humanidade, a fim de refutá-lo. 17 (dezessete) não abordaram o conceito de crime contra a humanidade. Em um dos casos, não obtivemos acesso ao teor da decisão que rejeitou a denúncia²⁶.
 - 37 (trinta e sete) decisões foram objeto de recurso para segunda instância (no âmbito de atuação dos Tribunais Regionais Federais). Em todos os 37 (trinta e sete) casos foram interpostos Recurso em Sentido Estrito (ReSE). Destes:
 - Foi dado provimento ao ReSE, a fim de se receber a denúncia criminal, somente em 3 (três) casos, um julgado pelo TRF2²⁷ e dois pelo TRF3²⁸. Somente dois dos acórdãos analisam o conceito de crime contra a humanidade, acatando a tese do MPF de que os crimes perpetrados durante a ditadura militar podem ser qualificados como crimes contra a humanidade²⁹.
 - O ReSE ainda não havia sido julgado ou não tivemos acesso à informação sobre o julgamento em 10 (dez) casos.
 - Negou-se provimento ao ReSE em 24 (vinte e quatro) casos, mantendo-se a decisão de primeira instância que rejeitou a denúncia criminal.³⁰ Destes casos, somente um acórdão abordou o conceito de crime contra a humanidade, a fim de expressamente refutá-lo³¹.

- Das 8 (oito) decisões judiciais de primeira instância que receberam a denúncia:
- 4 (quatro) analisaram o conceito de crime contra a humanidade, a fim de acatar a tese do MPF de que os crimes perpetrados durante a ditadura militar

²⁶ Ação Penal 0000915-81.2018.4.03.6181 (Caso Alex de Paula Xavier Pereira, Gelson Reicher)

²⁷ Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106 (Caso Inês Etienne Romeu)

²⁸ Ação Penal 0004823-25.2013.4.03.6181 (Caso Hiroaki Torigoe) e Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181 (Caso Dimas Antônio Casemiro)

²⁹ Trata-se do acórdão proferido pelo TRF2 nos autos da Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106 (Caso Inês Etienne Romeu) e do acórdão proferido pelo TRF 3 nos autos da Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181 (Caso Dimas Antônio Casemiro)

³⁰ Destas decisões que negam provimento ao ReSE, 20 (vinte) foram oriundas do TRF-3, 1 (uma) do TRF-2, 1(uma) do TRF-4 e 2 (duas) do TRF-1.

³¹ Trata-se de acórdão proferido pelo TRF1 nos autos da Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901 (Caso André Grabois, João Gualberto Calatrone, Antônio Alfredo de Lima).

podem ser qualificados como crimes contra a humanidade³². As demais não analisam tal conceito.

- Em 6 (seis) delas foi interposto recurso à segunda instância. Foi impetrado Habeas Corpus visando o trancamento da ação penal nesses 6 (seis) casos.
 - Em 1 (um) dos processos, ainda não houve julgamento do Habeas Corpus³³.
 - Em 3 (três) dos processos, concedeu-se a ordem de Habeas Corpus visando o trancamento da ação penal, de modo a reverter a decisão de recebimento da denúncia proferida em primeira instância³⁴. Nenhuma das decisões em questão analisou o conceito de crime contra a humanidade.
 - Em 2 (dois) processos, denegou-se a ordem de Habeas Corpus, mantendo-se a decisão de primeira instância de recebimento da denúncia³⁵. Somente em 1 (um) dos casos, a decisão denegando a ordem de HC analisou o conceito de crime contra a humanidade, acatando a tese do MPF de que os crimes perpetrados durante a ditadura militar podem ser qualificados enquanto crimes contra a humanidade.³⁶

Obs.: Ainda que esta parte do trabalho leve em consideração apenas decisões judiciais de primeira (recebimento ou rejeição da denúncia) e segunda (ReSE e HC) instâncias, excluindo decisões proferidas pelo STJ e STF, cumpre ressaltar que neste processo acima referenciado³⁷,

³² Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101 (Caso Riocentro); Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101 (Caso Rubens Beyrodt Paiva); Ação Penal 0014922-47.2018.4.02.5101 (Caso Espedito de Freitas); Ação Penal 5005036-93.2019.4.02.5103 (Caso Ana Rosa Kucinski Silva, Armando Teixeira Frutuoso, David Capistrano da Costa, Eduardo Collier Filho, Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira, João Batista Rita, João Massena Melo, Joaquim Pires Cerveira, José Roman, Luiz Ignácio Maranhão Filho, Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto e Wilson Silva).

³³ Ação Penal 5005036-93.2019.4.02.5103 (Caso Ana Rosa Kucinski Silva, Armando Teixeira Frutuoso, David Capistrano da Costa, Eduardo Collier Filho, Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira, João Batista Rita, João Massena Melo, Joaquim Pires Cerveira, José Roman, Luiz Ignácio Maranhão Filho, Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto e Wilson Silva).

³⁴ Ação Penal 0001162- 79.2012.4.01.3901 / 0006231-92.2012.4.01.3901 (Caso Hélio Luiz Navarro Magalhães, Maria Célia Corrêa, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua, Telma Regina Cordeira Corrêa); Ação Penal 0004334-29.2012.4.01.3901 / 0006232-77.2012.4.01.3901 (Caso Divino Ferreira de Souza); Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101 (Caso Riocentro).

³⁵ Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101 (Rubens Beyrodt Paiva). O Habeas Corpus foi julgado pelo TRF2. Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181 (Edgard Aquino Duarte). O Habeas Corpus foi julgado pelo TRF3.

³⁶ Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101 (Rubens Beyrodt Paiva). O Habeas Corpus foi analisado pelo TRF2.

³⁷ Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101 (Rubens Beyrodt Paiva).

em que o conceito de crime contra a humanidade foi analisado, foi ajuizada Reclamação constitucional (Reclamação 18.686). Até o momento de escrita deste relatório, o STF não havia julgado o mérito da mesma, mas já havia decidido em sede liminar pela suspensão da referida ação penal.

- Em 2 (duas) destas decisões não foi interposto recurso em segunda instância (ReSE ou HC)³⁸. Em um dos casos³⁹, ainda há possibilidade de recurso e no outro⁴⁰, ainda que não tenha havido interposição de ReSE ou HC, foi ajuizada Reclamação ao STF, tendo sido concedida a extensão dos efeitos liminar da reclamação 18.686, sobrestando o andamento do processo até o julgamento do mérito da referida reclamação constitucional.

Diante de tais dados, pode-se concluir que:

(1) As denúncias criminais ajuizadas pelo MPF enfrentam significativos obstáculos para avançar no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Das 51 (cinquenta e uma) denúncias criminais, 40 (quarenta) foram rejeitadas em primeira instância. Desses 40 (quarenta) decisões de rejeição da denúncia, apenas 3 (três) foram revertidas em sede recursal (ReSE ou HC) na segunda instância em prol do recebimento da denúncia. Por sua vez, das 8 (oito) decisões de recebimento da denúncia, proferidas em primeira instância, 5 (cinco) foram revertidas em sede de recurso (ReSE, HC, Reclamação⁴¹) em prol da rejeição da denúncia ou do sobrestamento do processo. Das três restantes, 1 (uma) foi objeto de HC ainda não julgado, 1 (uma) ainda é passível de recurso e apenas 1(uma) foi mantida.

(2) O conceito de crime contra a humanidade é pouco abordado pelas decisões judiciais em primeira e segunda instâncias, ainda que esteja presente nas denúncias e/ou nas

³⁸ Ação Penal 0013526-03.2017.4.03.6181 (Caso Feliciano Eugênio Neto); Ação Penal 0014922-47.2018.4.02.5101 (Espedito de Freitas).

³⁹ Ação Penal 0013526-03.2017.4.03.6181 (Caso Feliciano Eugênio Neto).

⁴⁰ Ação Penal 0014922-47.2018.4.02.5101 (Espedito de Freitas).

⁴¹ Ainda que esta parte do trabalho leve em consideração apenas decisões judiciais de primeira (recebimento ou rejeição da denúncia) e segunda (ReSE e HC) instâncias, excluindo decisões proferidas pelo STJ e STF, optamos por informar sobre a proposição de Reclamação Constitucional em dois casos aqui analisados: Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101 (Rubens Beyrodt Paiva) e Ação Penal 0014922-47.2018.4.02.5101 (Espedito de Freitas). Isto porque, em ambos os casos, houve a suspensão da ação penal que havia sido recebida em decisão de primeira instância.

cotas introdutórias das denúncias, oferecidas pelo MPF. Quando abordado, tal conceito é majoritariamente refutado pelas decisões judiciais. Em primeira instância, dentre as 48 (quarenta e oito) decisões de recebimento ou rejeição da denúncia, 21 (vinte e uma) delas não abordaram tal conceito, enquanto 26 (vinte e seis) abordaram. Destas 26 (vinte e seis) decisões, somente 4 (quatro) acataram a tese do MPF segundo a qual os crimes perpetrados durante a ditadura militar brasileira podem ser qualificados como crimes contra a humanidade. Em segunda instância, no âmbito do julgamento de ReSE ou HC pelos Tribunais Regionais Federais, das 32 (trinta e duas) decisões judiciais mapeadas, somente 5 (cinco) acórdãos abordaram o conceito de crime contra a humanidade⁴². Destes, 2 (dois) refutaram-no enquanto 3 (três) acataram-no.

⁴² Sobre essa afirmativa, cabe ressaltar que estamos levando em consideração apenas as decisões colegiadas (acórdãos). Não estamos computando eventuais votos vencidos, divergentes da tese vencedora.

3. Cinco teses jurídicas

Esta terceira parte do relatório apresenta cinco teses jurídicas, centrais para a compreensão do processo de judicialização da justiça de transição no Brasil, mapeadas a partir da leitura das decisões judiciais proferidas nos autos das ações penais que integram o *corpus* desta pesquisa. São elas:

- (3.1) O conceito jurídico de crime contra a humanidade pode (ou não pode) ser empregado para qualificar os delitos perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar.
- (3.2) Os crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar são (ou não são) passíveis de prescrição.
- (3.3) A anistia concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) incide (ou não incide) nos crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar.
- (3.4) A anistia, concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), incide (ou não incide) sobre o crime de sequestro (ou ocultação de cadáver), perpetrado no contexto da ditadura militar.
- (3.5) O Poder Judiciário deve (ou não deve) realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia.

Ainda que o mapeamento, a definição e os contornos das referidas teses (e de seus desdobramentos argumentativos) sejam o resultado das escolhas temáticas e metodológicas desta pesquisa, é preciso esclarecer que a apresentação de seus conteúdos, nas próximas páginas, é feita a partir dos argumentos dispostos nas próprias decisões judiciais investigadas. Ainda que tenhamos discordâncias e críticas às mesmas, optamos por apresentar os argumentos encontrados na jurisprudência da forma mais descriptiva possível, reproduzindo-os exatamente como constam nas respectivas decisões, seguidos sempre da referência de onde foram extraídos. Na quarta parte deste relatório, por sua vez, desenvolvemos nossas conclusões e reflexões críticas.

As cinco teses, abaixo apresentadas, nada mais são do que um conjunto de argumentos jurídicos construídos, de forma mais ou menos dispersa pelo Poder Judiciário nacional, no âmbito das ações penais que visam a responsabilização criminal de agentes de Estado envolvidos em crimes contra a humanidade perpetrados no período da ditadura militar brasileira. Uma parte importante de nossos trabalhos consistiu precisamente em sistematizar e agrupar tais argumentos. Em cada uma destas teses, encontramos, portanto, uma série de

desdobramentos argumentativos possíveis (em concordância ou não com as teses defendidas pelo GTJT do MPF ou pela Corte IDH), bem como diferentes fundamentos jurídicos, seja de direito interno ou de Direito Internacional, trazidos pelos/as magistrados/as.

A fim de iluminar os conflitos que cercam a construção destas cinco teses, tentamos destacar posicionamentos majoritários e minoritários encontrados na jurisprudência. Por posicionamentos majoritários, entendemos não somente aqueles que constituem uma maioria numérica, mas também os posicionamentos que têm sido vitoriosos no avançar dos processos analisados (sendo menos passíveis de reforma em sede recursal, por exemplo). Já os posicionamentos minoritários são aqueles numericamente inferiores e que costumam não prosperar no curso do processo (seja porque são reformados em sede recursal ou porque costumam restar divergentes e vencidos em decisões colegiadas, por exemplo).

3.1. O conceito jurídico de crime contra a humanidade pode (ou não pode) ser empregado para qualificar os delitos perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira

O emprego do conceito de crime contra a humanidade para qualificar os crimes perpetrados por agentes de Estado na ditadura militar -- assassinatos, torturas, prisões ilegais, violências sexuais, dentre outras -- constitui tese central para o processo de judicialização da justiça de transição no Brasil. Isto porque, em conformidade com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a categoria jurídica de crime contra a humanidade afasta a possibilidade de prescrição e de anistia de condutas criminosas perpetradas no período ditatorial, reforçando a necessidade de investigação e sanção dos responsáveis.

Ainda que a Corte IDH e o GTJT do MPF defendam que os crimes de agentes da ditadura militar devam ser qualificados como crimes contra a humanidade -- estando tal argumento presente na quase totalidade das denúncias criminais (e/ou nas cotas introdutórias às mesmas) oferecidas pelo órgão ministerial no âmbito judicial interno --, a tese majoritária, encontrada hoje no Poder Judiciário brasileiro, caminha em sentido oposto. Segundo a maioria dos magistrados, que se manifestaram sobre tal conceito⁴³, os crimes perpetrados no

⁴³ Como disposto no capítulo 2 deste relatório, o conceito de crime contra a humanidade é pouco abordado pelas decisões judiciais em primeira e segunda instâncias, ainda que esteja presente nas denúncias e/ou nas cotas introdutórias das denúncias, ajuizadas pelo MPF. Quando abordado, tal conceito é majoritariamente refutado pelas decisões judiciais. Em primeira instância, dentre as 48 (quarenta e oito) decisões de recebimento ou

período da ditadura militar brasileira não podem ser qualificados como crimes contra a humanidade. Destacamos, abaixo, os principais argumentos encontrados na jurisprudência analisada.

Em primeiro lugar, a maioria dos magistrados -- que abordaram esta tese em suas decisões -- argumenta que, sob pena de supostamente violar o princípio da legalidade, a categoria de crime contra a humanidade não poderia ser aplicada no Brasil, posto não haver lei interna tipificando tal conduta:

“No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n. 4.038/2008, que ‘dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências’. Nesse contexto, diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de se violar o princípio da legalidade, segundo o qual ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’ - art. 5º, XXXIX, da CF.” (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ, 3ª Seção, Recurso Especial 1798903/RJ, Min. Relator Rogério Schietti Cruz, Brasília, 25 de setembro de 2019, trecho retirado do voto vencedor do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, relator para o acórdão.)

“É bom lembrar que o Estatuto de Roma, que tipifica os crimes contra a humanidade e os torna insuscetíveis de anistia, foi encaminhado recentemente ao Congresso Nacional, pelo PL 4.038/2008, justamente para atender ao princípio da reserva legal que impera na validação das normas penais incriminadoras, como alertou o Min. Celso de Mello, na ADPF 153. Nesse sentido, inviável considerar que a qualidade de crime contra humanidade, ofertada por diplomas internacionais ainda não incorporados ao ordenamento jurídico, possa produzir efeitos incriminadores, se tais atos não ostentam a condição de lei formal; ou, se incorporados posteriormente à lei da anistia, são incapazes de retroagir para agravar a situação do acusado já anistiado; ou, se anteriores à Lei 6.683/79, aquilatam-se como norma legal ordinária, sem poderes revogatórios de norma legal posterior e especial, que é a Lei da Anistia.” (1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 17 de março de 2015)⁴⁴

rejeição da denúncia, 21 (vinte e uma) delas não abordaram tal conceito, enquanto 26 (vinte e seis) abordaram. Destas 26 (vinte e seis) decisões, somente 4 (quatro) acataram a tese do MPF segundo a qual os crimes perpetrados durante a ditadura militar brasileira podem ser qualificados como crimes contra a humanidade. Em segunda instância, no âmbito do julgamento de ReSE ou HC pelos Tribunais Regionais Federais, das 32 (trinta e duas) decisões judiciais mapeadas, somente 5 (cinco) acórdãos abordaram o conceito de crime contra a humanidade. Destes, 2 (dois) refutaram-no enquanto 3 (três) acataram-no. Cabe ressaltar que se formos considerar as ações penais em sua integralidade (e não as diferentes decisões tomadas ao longo dos processos judiciais), ao menos 32 casos abordaram tal conceito (vide anexo I).

⁴⁴ Esse mesmo argumento foi reproduzido pelo mesmo magistrado em outras ações penais. Vide: (1) 1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000208-86.2019.4.01.3901, Decisão de Rejeição da Denúncia, Juiz Federal

“Cumpre destacar também trecho de ementa proferida nos autos de recurso especial interposto perante o STJ que esclarece não ser possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da irretroatividade”(TRF-1, 3^a Turma, ReSE, Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901, Acórdão, Rel. Des. Fed. Juiz Federal José Alexandre Franco, Pará, 15 de janeiro de 2021)

“Ademais, (...) não se mostra possível internalizar a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n. 4.388, porquanto não há lei em sentido formal tipificando referida conduta’ (*REsp 1798903/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/10/2019*).” (Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, STJ, Agravo em Recurso Especial, 1.575.477-SP (2019/0264396-0), Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, 3 de março de 2020.)

Agrega-se a tal argumento a defesa da irretroatividade de tratados internacionais (mesmo que já internalizados), que reconheceram o conceito de crime contra a humanidade tempos depois do cometimento das condutas no contexto da ditadura militar. Nesse sentido, o Estatuto de Roma, bem como outros tratados, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não poderiam supostamente servir de fundamento para a persecução penal de agentes da ditadura.

“Se as condutas cometidas antes da incorporação, no direito brasileiro, da norma que tipificou os crimes contra a humanidade – hoje previstos nos termos do art. 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional –, não podem justificar persecução penal válida, não há nenhum sentido em se admitir como de direito cogente a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968, que nem sequer foi internalizada.[...]

“Por tudo o que foi acima referido, conclui-se que os efeitos das normas internacionais supervenientes não podem retroagir à data do cometimento dos fatos. Dessa forma, não há convenção internacional de direito cogente que imponha o reconhecimento, na hipótese, de prática de conduta que possa ser qualificada como crime de lesa-humanidade, e que tais atos seriam imprescritíveis. Portanto, nessa parte, a pretensão recursal também não tem fundamento.” (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ, 3^a Seção, Recurso Especial 1798903/RJ, Min. Relator Rogério Schietti Cruz, Brasília, 25 de setembro de 2019, trecho retirado do voto-vogal da Min. Laurita Vaz)

“Igualmente não procede o argumento ministerial sobre a influência do direito internacional na ordem jurídica interna, com vistas a caracterizar os fatos narrados na denúncia como crimes de lesa-humanidade e, por isso, imprescritíveis ou insusceptíveis de anistia. A Convenção Americana sobre

Direitos Humanos, ‘Pacto de San José da Costa Rica’, foi assinada em 22/11/1969 e entrou em vigor apenas em 18/07/1978, conforme o artigo 74.2 da própria Convenção, bem como que a adesão pelo Brasil se deu através do Decreto n. 678, de 06/11/1992, publicado em 08/11/1992 e depositado em 25/09/1992. Mais de duas décadas após a prática do fato narrado na denúncia. Pois bem. Dentre os diversos princípios que regem o Direito Internacional Público, vale mencionar o da independência nacional, que se reflete na soberania em sentido amplo, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos Estados, o da igualdade de Estados, o da prevalência da paz, o da busca da solução consensual para os conflitos, da cooperação entre os povos, entre outros. Vide, nesse sentido, o trabalho de Inez Lopes (Advogada, Coordenadora do Curso de Direito do UNIEURO, Doutora e Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da USP, com Mestrado em Labour Policies and Globalisation, pela Universitt Kassel - UNIK e FHW, Berlim, na Alemanha), denominado ‘Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais’, publicado na rede mundial de computadores conforme link abaixo. Tais princípios não se aplicam isoladamente, sobrepondo-se uns aos outros, como se estivessem numa ordem de prioridades; devem, com efeito, ser aplicados mediante uma interpretação que proporcione alcançar objetivos mais amplos (como por exemplo, o estabelecimento da paz mundial), compatibilizando-os em direção a propósitos superiores. Sendo assim, descabe cogitar a aplicação retroativa das disposições e diretrizes de direito internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79. Defender tal entendimento contraria, sim e frontalmente, o dispositivo de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153).” (1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, 3 de agosto de 2018)

Vale ressaltar que, especificamente sobre o delito de falsidade ideológica, encontramos decisão tanto negando a possibilidade de qualificação desta conduta de direito interno como crime contra a humanidade, ainda que relacionada à prática de desaparecimento forçado, quanto admitindo tal qualificação. Importante registrar que, apesar de no segundo caso o magistrado ter afirmado que as condutas praticadas pelos réus (falsidade ideológica) pudessem ser qualificadas como crimes contra a humanidade, por estarem associadas ao crime de homicídio, sua decisão acabou por rejeitar a denúncia em razão do efeito vinculante da ADPF 153, que sustenta a possibilidade de anistia dos crimes perpetrados na ditadura.

“A imputação carece de sustentação jurídica, por outro lado, porque, sem a demonstração da natureza de crime de lesa-humanidade do delito de falsidade ideológica, incide no presente caso a causa extintiva da punibilidade da prescrição. A partir da análise do art. 7º do Estatuto de Roma, não é possível incluir, no conceito de crime contra a humanidade, a alegada falsidade ideológica inserida no auto de exame cadavérico de fls. 247/248, mesmo no contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Igualmente, não se extrai da leitura da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund que os crimes de falsidade ideológica são considerados crimes contra a humanidade. Delitos de

lesa-humanidade são graves e voltados à ofensa da integridade do sujeito passivo direto do crime (homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada; privação de liberdade; tortura; agressão sexual, ainda que por esterilização; perseguição por motivo político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso ou de gênero; desaparecimento forçado), não havendo liame do crime contra a fé pública (falsidade ideológica de documento público), imputado ao denunciado, com ofensa imediata à integridade de qualquer pessoa. Pelo exposto, entendo que o MPF não demonstrou que o crime de falsidade ideológica, ainda que associado à causa da morte de vítima da Guerrilha do Araguaia, tem natureza de crime de lesa-humanidade." (1^a Vara Criminal da Justiça Federal da subseção judiciária de Araguaína, Ação Penal 0002631-17.2018.4.01.4301, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Ana Carolina de Sá Cavalcanti, 18 de dezembro de 2018)

"Todos esses elementos constantes dos autos dão conta de que a versão oficial registrada no laudo necroscópico produzido pelos acusados não corresponderia à verdade dos fatos e se destinaria a acobertar crime de homicídio praticado por agentes do governo militar. A denúncia aponta uma série de circunstâncias de que não teria havido necessidade daquela invasão seguida de disparos, uma vez que a casa estava sob vigilância há muito tempo, sendo que havia testemunha de que os investigados foram pegos de inopino. Algumas características se fazem necessárias quanto às características do crime em tela, praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataque amplo contra grupos de oposição. Tais crimes são considerados pelo direito penal internacional, consoante tratados internacionais e decisões de órgãos e Tribunais internacionais dos quais o país faz parte, como, por exemplo, o da imprescritibilidade penal.[...] No caso tratado nos autos, a acusação gira em torno de crimes conexos a crimes de homicídio praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataques generalizados. Não restam dúvidas de que tais fatos configuraram graves violações aos direitos humanos." (9^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0011715-42.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque, São Paulo, 4 de novembro de 2016)

Encontramos, ainda, decisões judiciais que realizaram uma comparação do contexto ditatorial brasileiro com outros contextos históricos ao redor do mundo, para, ao final, concluirão não ser possível afirmar que os crimes da ditadura constituem "autênticos" crimes contra a humanidade.

"Primeiramente, sobre o alegado 'caráter sistemático e generalizado dos ataques cometidos por agentes da ditadura militar contra a população brasileira', tal argumento não se sustenta para o fim pretendido, ou seja, para afastar a extinção da punibilidade dos fatos, ao se caracterizar o fato como crime de lesa humanidade. Encontramos, com muito mais propriedade, um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 5000.000 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênia, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a

ocorriencia de 600.000 a 1.800.000 vítimas." (1^a Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Justiça Federal em São Paulo, Ação Penal 0007502-27.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de agosto de 2015)⁴⁵

"À toda evidência, e como se não bastasse aqui não ser lei decisão de tribunal de fora, os atos atrabiliários – e assim se enquadram os praticados no caso Riocentro, no âmago, na intenção, na vontade, e também no resultado, estão abissalmente distantes de atos de extermínio de seres humanos considerados inferiores, e dos demais atos analisados pelo tribunal referido na decisão de 1º grau, enfim não há como estender-se a nós como norma cogente qualquer decisão estrangeira, senão, por absurdo, teríamos de admitir a incidência no Brasil da legislação alienígena, e não só a repressiva, mas também a permissiva. Não pode, em resumo, e por exemplo, aqui ser adotada a Lei de Talião, também as adúlteras não podem ser chicoteadas como permitido em alguns países, não cabe pena de morte a adversários políticos, assim como, ao contrário de alguns países, que até permitem ao pai tirar e com violência a vida de filho em caso de apostasia, aqui pode sim, e sem qualquer consequencia, renunciar-se a qualquer religião." (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, TRF2 (1^a Turma Especializada), Habeas Corpus 2014.02.01.005684-7, Relator Des. Antonio Ivan Athié, 2 de julho de 2014, trecho retirado do voto vencedor do relator)

Algumas decisões também compararam, em termos quantitativos, o número de mortes no Brasil no presente em relação ao tempo da ditadura militar. Assim o fizeram para argumentar não ter supostamente havido, no contexto ditatorial, ataques sistemáticos e generalizados contra a população brasileira.

"E se nos restringirmos apenas ao número de pessoas mortas, o que dizer de um dado estatístico que aponta a morte de mais de 62 mil pessoas no Brasil durante o ano de 2016? Tal cifra indica a grande violência e medo com que a população tem de aprender a conviver nos tempos presentes. Estaríamos, então, diante de uma situação análoga à de uma guerra? E quais as providências que o Estado brasileiro deve tomar para fazer cessar esse mal? Há risco de o Brasil ser responsabilizado em âmbito internacional à conta de tal dado estatístico, já que o compromisso assumido é o de proteger e assegurar a vida do ser humano? Poderia o popular leigo, de mediano

⁴⁵ Esse mesmo argumento foi reproduzido pelo mesmo magistrado em outras ações penais. Vide: (1) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0005946-82.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 07 de agosto de 2018. (2) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0009756-70.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 28 de setembro de 2015. (3) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de março de 2017. (4) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015754-19.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de fevereiro de 2016. (5) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 3 de agosto de 2018. Tal argumento também foi reproduzido, de maneira idêntica, por magistrada substituta atuando na mesma vara criminal: 1^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 5003962-41.2019.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Andréia Moruzzi, 09 de dezembro de 2019.

conhecimento, afirmar que é bem mais ‘perigoso’ viver nos dias atuais do que na época do regime de exceção? Tais provocações têm a mera finalidade de proporcionar uma reflexão mais detida e contextualmente mais ampla sobre o tema. Existe, portanto, uma distância muito expressiva entre essa suposta ‘vitória’ do regime de exceção e a afirmação de que havia ‘ataques generalizados contra a população brasileira’: não se pode dizer que a repressão a opositores do regime de exceção, por mais dura que tenha sido, tenha se estendido à grande massa da população brasileira. O argumento peca pelo caráter hiperbólico e não é suficiente para os fins pretendidos”. (1^a Vara Criminal, do Júri e das Execuções Penais da Justiça Federal em São Paulo, Ação Penal 0007502-27.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de agosto de 2015)⁴⁶

Se os argumentos até agora apresentados podem ser considerados majoritários e vitoriosos, no que tange à rejeição das denúncias criminais oferecidas e ao não seguimento das ações penais, fato é que também encontramos, na jurisprudência analisada, alguns importantes posicionamentos que caminham em sentido contrário aos mesmos. Em concordância com a Corte IDH e com o MPF, alguns magistrados/as sustentaram que as condutas narradas nas denúncias, relativas a crimes perpetrados no período ditatorial, constituem crimes contra a humanidade, insuscetíveis de prescrição e/ou de anistia.

“No caso dos autos, a acusação refere-se a crime de sequestro praticado no contexto de uma perseguição generalizado que implicava até desaparecimentos forçados, além de toda a sorte de arbitrariedades, como se verá abaixo. Não restam dúvidas de que tais fatos configuram graves violações aos direitos humanos. O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto no 4.388, de 25/09/2002, definiu os crimes contra a humanidade, os quais já eram reconhecidos como *hard law* pelo direito internacional, nos termos de seu art. 7º. Assim, forçoso reconhecer que a acusação apresentada pelo *Parquet* Federal se refere a crime de desaparecimento forçado de pessoas, tipificado no caso em concreto como crime de sequestro, à míngua de uma definição mais específica no direito brasileiro, tratando-se sem sombra de dúvidas de crime contra os direitos humanos.” (9^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação penal 011580-69.2012.4.03.6181, Sentença

⁴⁶ Esse mesmo argumento foi reproduzido pelo mesmo magistrado em outras ações penais. Vide: (1) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0005946-82.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 07 de agosto de 2018. (2) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0009756-70.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 28 de setembro de 2015. (3) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de março de 2017. (4) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015754-19.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de fevereiro de 2016. (5) 1^a Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 3 de agosto de 2018. Tal argumento também foi reproduzido, de maneira idêntica, por magistrada substituta atuando na mesma vara criminal: 1^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 5003962-41.2019.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Andréia Moruzzi, 09 de dezembro de 2019.

condenatória, Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque, São Paulo, 21 de junho de 2021)

“As graves violações de direitos humanos perpetradas contra a população civil (torturas, espancamentos, ofensas sexuais, sequestros, desaparecimentos forçados, e outros) foram usadas no Brasil, durante todo o regime ditatorial, como mecanismos institucionais de controle e repressão estatal de opositores políticos e perseguidos do regime. Integravam e determinavam, portanto, a política de Estado adotada pelos detentores do Poder à época, de modo que os crimes praticados nessa conjuntura configuram crime de lesa humanidade, cuja definição já era prevista em normas de direito internacional na data dos fatos tratados nesta ação penal.” (Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, TRF 2, 1ª Turma Especializada, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019)

“Narrar, pois, a denúncia crimes contra a humanidade em contexto com demais fatos igualmente ilícitos, a exemplo de outros casos de tortura. Dessa forma, não se admite a prescrição da pretensão punitiva. Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1968, incide o verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, que obsta a extinção da punibilidade a partir de força derogatória do artigo 107 do Código Penal.” (4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juiz Federal Caio Márcio Gutterres Taranto, Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014)

“O conceito de crime contra a humanidade foi previsto inicialmente no art. 6º. do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, e depois ratificado pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1946. Nele estão previstas as condutas de homicídio, deportação, extermínio e outros atos desumanos cometidos “ dentro de um padrão amplo e repetitivo de perseguição a determinado grupo (ou grupos) da sociedade civil, por qualquer razão (política, religiosa, racial ou étnica). Como fixado pelas Nações Unidas – ao aprovar os princípios ditados pelo Tribunal de Nuremberg-, o crime de lesa-humanidade é qualquer ato desumano cometido contra a população civil, no bojo de uma perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos. Note-se que não há necessidade de consumação de um genocídio, mas apenas que determinado segmento social seja alvo de repressão específica.” 1 A isto acrescente-se que estas práticas devem ser parte de uma política de governo ou de uma prática sistemática e freqüente de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou incentivadas por um governante ou pela autoridade de fato. 2 Passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental. Os fatos narrados na denúncia encontram-se, em tese, dentro deste contexto, na medida em que, segundo a tese ministerial, a ser submetida ao contraditório, o atentado a bomba descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava. Não por acaso teriam sido escolhidas as festividades do dia 1º de maio, no Riocentro, tidas como símbolo dos movimentos contrários à ditadura. Também a

referendar essa idéia está a suposta tentativa de atribuir o atentado a movimentos de esquerda, narrada na inicial acusatória. Em suma, trata-se, ao que tudo indica, de um episódio que deve ser contextualizado, ao menos nesta fase inicial, como parte de uma série de crimes imputados a agentes do Estado no período da ditadura militar brasileira, com o objetivo de atacar a população civil e perseguir dissidentes políticos.” (6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho, Rio de Janeiro, 13 de maio de 2014)

“O parágrafo 35 do artigo 150 da Constituição de 1967 prevê a ampliação do rol de direitos fundamentais mediante a inclusão de outras garantias compatíveis com o regime e os princípios da ordem constitucional. Essa dilatação dos direitos fundamentais contempla os princípios e obrigações reconhecidos no plano do direito internacional, no qual se sedimentou a garantia de persecução penal das graves violações de direitos humanos, impondo a irrecusável punibilidade dos crimes de lesa-humanidade, categoria na qual se insere a perseguição sistemática e organizada, empreendida por agentes estatais contra a população civil com o objetivo de combater dissidentes políticos, mediante o cometimento de crimes como prisão ilegal, tortura, execução sumária e d-3, esaparecimento forçado.” (Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, TRF-3, 11ª Turma, ReSE, Acórdão, Relator Desembargador Federal José lunardelli, São Paulo, 1 de dezembro de 2020)

Em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, há decisões que defendem que a categoria de crime contra a humanidade é uma qualificação internacional que independe de lei interna tipificando-a e que a sua persecução é norma de *jus cogens* (não tendo que se falar em suposta irretroatividade de tratados internacionais).

“A categoria de ‘crime contra humanidade’ refere-se à uma qualificação atribuída pela comunidade internacional a crimes já conhecidos e comumente previstos nas legislações internas, quando praticados em um dado contexto histórico de ataques sistemáticos e generalizados à população civil, e não um delito autônomo que carece de tipificação. Os delitos imputados são estupro e sequestro, figuras típicas previstas em nosso Código Penal em 1971.” (Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, TRF 2, 1ª Turma Especializada, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019)

“[...]o respeito aos direitos humanos no que tange à persecução dos crimes contra a humanidade deve ser considerado norma imperativa do direito internacional, compromisso do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia) seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter a própria ordem constitucional.” (Ação Penal 0011528-34.2016.4.03.6181, TRF-2, 11ª Turma Especializada, Acórdão, Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 22 de janeiro de 2019, trecho extraído do voto vencido do Des. Federal Fausto De Sanctis)

“O fato de, apenas após a redemocratização, o Brasil ter aderido a pactos que demandam a punibilidade de crimes de lesa-humanidade (como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a Convenção contra a Tortura e outros

Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradas, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), não significa que até então o País estava autorizado a anistiar ou a tolerar a prescrição de crimes atrozes, declinando da dignidade da pessoa humana, que já estava esculpida como valor fundamental da humanidade no próprio texto constitucional então vigente e o *jus cogens* internacional. Portanto, o respeito aos direitos humanos no que tange à persecução dos crimes contra a humanidade deve ser considerado norma imperativa do direito internacional, compromisso do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia) seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter a própria ordem constitucional, observando-se, ainda, que o decurso do tempo, *in casu*, funcionaria como uma anistia às avessas, igualmente infundada. Dessa forma, a punibilidade em relação aos crimes denunciados não foi atingida pela anistia nem pela prescrição, insubsistindo fundamento, no Estado de Direito, para a sua legitimação, quer no passado, quer no presente, quer no futuro." (Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, TRF-3, 11ª Turma, ReSE, Acórdão, Relator Desembargador Federal José Lunardelli, São Paulo, 1 de dezembro de 2020)

"[...] o crime de lesa-humanidade não é um espécime de crime que exige definição típica legalmente prevista sob pena de violação à taxatividade penal, mas sim uma "qualidade" do delito. Portanto, seria ilógico ter como necessário que Constituição ou lei formal interna trouxessem expressamente dispositivo prevendo a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, uma vez que a qualificação como tal é questão intimamente ligada ao direito penal internacional, incidindo tão somente enquanto classificação dos tipos penais já previamente previstos no direito doméstico." (2ª Vara Federal de Campos, Ação Penal 5005036-93.2019.4.02-5103, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Substituta Flávia Rocha Garcia, Rio de Janeiro, 18 novembro de 2019)

Por fim, cabe mencionar que encontramos, em poucas decisões, o argumento de que o desaparecimento forçado de pessoas configura, à luz do Direito Internacional, um crime contra a humanidade sendo, portanto, imprescritível.

"A seu turno, o artigo 7º do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil em 2002 e expressamente previsto no artigo 5º, §4º da CF/88, define que [...]

"Analizando o rol, é possível aduzir que os crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, execuções, etc., bem como os desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz, estando a ocultação e destruição de cadáver dentro do âmbito de incidência normativa." (2ª Vara Federal de Campos dos Goytacazes/RJ, Ação Penal n. 5005036-93.2019.4.02-5103, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Flávia Rocha Garcia, Campos dos Goytacazes, 18 nov 2019)

"Por se tratarem de crimes contra a humanidade, os delitos imputados, além de não estarem sujeitos à incidência da Lei de Anistia, também não se sujeitam à prescrição.[...]

"O Brasil, por meio do Decreto Legislativo 112, de 06/06/2002, aprovou o

texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual prevê a imprescritibilidade dos crimes de competência daquele Tribunal, dentre as quais, os crimes de lesa-humanidade" (TRF2, Ação Penal n. 0170716-17.2016.4.02.5106, Acórdão de Embargos Infringentes, 28 fev 2021)

“Apesar da diferença de nomenclatura - pois não temos no nosso direito interno as figuras legais do "desaparecimento forçado" e da "execução extrajudicial" - é certo que podemos associá-las aos delitos de ocultação de cadáver e homicídio. No caso dos autos, como o cadáver e os restos mortais de Hirohaki Torigoe não foram ainda encontrados, aplicam-se as considerações da Corte sobre a permanência e continuidade do ilícito consistente no desaparecimento forçado, acima explicitadas, sendo necessário dar cumprimento à decisão que determina a investigação, processamento e julgamento das infrações. Restam afastadas, assim, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana, tanto a prescrição do delito quanto a eventual aplicação ao caso da Lei de Anistia.” (TRF-3, 5^a Turma, ReSE, 0004823-25.2013.4.03.6181, Acórdão, Relator Des. Fed. Paulo Fontes , 1 de setembro de 2014 - trecho retirado do voto vencedor do Des. Fed. Paulo Fontes)

3.2. Os crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar são (ou não são) passíveis de prescrição.

A maioria das ações penais foi perpassada pelo debate sobre a possibilidade ou não de incidência da prescrição em casos de crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto ditatorial⁴⁷. Ainda que a Corte IDH e o Grupo de Trabalho Justiça de Transição do MPF defendam que as condutas dos agentes da ditadura são crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis, a tese majoritária, encontrada hoje no Poder Judiciário brasileiro, caminha em sentido oposto. No entendimento da maioria dos magistrados, as condutas descritas nas denúncias criminais oferecidas pelo MPF encontram-se prescritas à luz das normas de direito penal interno. Destacamos, abaixo, os principais argumentos jurídicos encontrados sobre esta tese nas decisões judiciais analisadas.

De forma recorrente, encontramos na jurisprudência o argumento de que não existe lei penal interna, no ordenamento jurídico pátrio, que preveja a imprescritibilidade de crimes

⁴⁷ Das 48 ações penais, cujas denúncias foram recebidas ou rejeitadas (lembrando que há 3 denúncias que ainda não obtivemos informação sobre o recebimento ou rejeição da mesma), é possível afirmar que, ao menos, 39 casos abordam a tese sobre a possibilidade de prescrição ou não dos crimes da ditadura (vide anexo I). Não temos, contudo, levantamento quantitativo sobre a incidência desta tese em cada decisão judicial, proferida nos autos das ações penais mapeadas.

contra a humanidade, destacando-se o fato de que o Brasil não ratificou a Convenção da ONU sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade.

“Por fim, cabe pontuar que os crimes da ditadura não são imprescritíveis. Nesse ponto, vale destacar que o Brasil não aderiu à Convenção das Nações Unidas sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos contra a Humanidade. Tampouco há previsão constitucional pela imprescritibilidade.” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Subseção Judiciária de Rio Verde, Goiás, Ação Penal 0003088-91.2013.4.01.3503, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Paulo Augusto Moreira Lima, 5 de julho de 2017)

“É preciso atentar e observar a jurisprudência do STF e do STJ, pois ambos os tribunais entendem que os crimes contra a humanidade não são imprescritíveis no Brasil, e por duas razões. A primeira, é que o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu às suas disposições nesse sentido. A cláusula de imprescritibilidade prevista na Convenção não se aplica ao Brasil, o qual sequer é parte na referida convenção, de modo que suas disposições não podem ser invocadas como fonte de Direito Penal. A segunda razão é que apenas lei interna, isto é, lei brasileira, há de dispor sobre a prescritibilidade ou imprescritibilidade de crimes. Com isso mente, ainda que norma de Direito Internacional disciplinasse a matéria, ainda assim, dependeria de lei nacional que regesse o assunto. Como não há, aplica-se ao fato descrito na denúncia o artigo 109 do CP e, como visto, tal aplicação redonda no reconhecimento da prescrição dos crimes.” (2ª Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Marabá, Ação Penal 1004994-59.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Pará, 22 de abril de 2020)

“A adoção da tese da imprescritibilidade dos delitos decorrentes de ‘graves violações a direitos humanos’, da forma como pretendida pelo MPF, além de ofender o princípio da estrita legalidade (art. 5º, XXXIX, da CF/88), e da irretroatividade da penal mais gravosa ao réu (art. 5º, XL, da CF/88), também viola o princípio da taxatividade, decorrente daquele, segundo o qual, não basta existir uma lei que defina uma conduta como crime, devendo a norma incriminadora ser clara e compreensível, de modo que possibilite ao cidadão a real consciência da conduta que o Estado pretende punir.(...) Por último, necessário consignar que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que as regras de prescrição penal somente podem ser objeto de instituição por norma legal de direito interno, de forma que normas internacionais não têm essa capacidade normativa.”(1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 de dezembro de 2019)

“Cabe anotar que o Direito Positivo brasileiro não adotava a imprescritibilidade criminal em 1972, data da consumação dos fatos descritos na denúncia. Com efeito, o Código Penal e a Constituição em vigor à época não a previram. Logo, só é possível cogitar a aplicação da imprescritibilidade por conta de normas internacionais. Entretanto, só se pode admitir a aplicação no direito interno de uma norma internacional pela internalização. Com efeito, a internalização dos tratados era exigida tanto pela Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1/69, em seus artigos 44, inciso I, e 81, inciso X, quanto pela Constituição de 1988, em seus artigos 49, inciso I, e

84, inciso VIII. Em 1968, consoante já mencionado, foi editada a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Todavia, o Brasil não aderiu a tal instrumento normativo, de modo que a aludida convenção não foi internalizada. Nenhum outro instrumento normativo que estabelecesse claramente a imprescritibilidade foi internalizado pelo Brasil. Da mesma maneira, nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional brasileira remete à aplicação no âmbito interno de alguma norma internacional sobre imprescritibilidade. Por tal linha de raciocínio já se vê que o ordenamento jurídico brasileiro também não acolheu a imprescritibilidade por meio da adoção de alguma norma de índole internacional.” (7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0008172-31.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, nome do julgador não informado, São Paulo, 12 de julho de 2016)

“Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de tornar imprescritíveis crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de lei em sentido formal. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade. A chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma sociedade livre e justa, conferindo amparo a um vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa, pois submete o cidadão à eterna ameaça da repressão estatal, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime’. (CALIXTO, Clarice Costa. Portanto, não é possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, IV, do CP (norma violadora e não violada), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito. (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ (Terceira Seção), Recurso Especial 1798903/RJ, Acórdão, Relator Rogerio Schietti Cruz, 25 de setembro de 2019)

“[...] o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 1968. Os crimes imprescritíveis reconhecidos pela Constituição da República são os de racismo, a ação de grupos armados (civis ou militares) contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, espécies que não se coadunam com o caso concreto.” (Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, TRF-2 (1ª Turma Especializada), ReSE, Relator Des. Paulo Espírito Santo, 14 de agosto de 2019 - trecho retirado do voto vencido do Des. Fed. Paulo Espírito Santo)

Acrescenta-se a tal argumento a defesa da suposta irretroatividade de tratados internacionais, internalizados pelo Brasil, que reconheceram a imprescritibilidade de tais

crimes somente após o cometimento dos fatos narrados nas denúncias criminais oferecidas pelo MPF.

"Por outro lado, acolher a promoção ministerial e receber a denúncia também implicaria retroagir no tempo para atingir o passado, já que à época dos fatos o Brasil ainda não estava vinculado às invocadas disposições e diretrizes de direito internacional público. Com efeito, a ordem jurídica interna brasileira prestigia, entre outros princípios de caráter geral, o denominado *tempus regit actum*. Tal princípio é igualmente caro ao direito brasileiro e tem diversas derivações, reflexos e correlações na ordem interna. Lembre-se, pois, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da ultratividade de lei penal mais benéfica, da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, entre outros. É certo, pois, que o direito, internacional ou interno, deve sempre operar em prol da segurança jurídica, que confere estabilidade e clareza de regras às relações jurídicas, sociais e internacionais. Qualquer alteração profunda de rota que seja estabelecida, em relação ao que está sepultado no passado, deve ser vista com extrema cautela, sob pena de prestigiar justamente aquilo que o direito deve proscrever, a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade e imprevisibilidade das relações jurídicas, sociais e internacionais. Não se nega a relevância das disposições e diretrizes de direito internacional, invocadas pelo órgão ministerial; de fato, a partir de sua inserção no sistema jurídico interno, devem ser obedecidas, mas direcionadas às situações que ocorrerem após esse marco; ou seja: destinam-se a salvaguardar o futuro com base naquilo que se verificou no passado e que se quer evitar. Registre-se que caso o Brasil caminhe novamente para a instauração de um regime de exceção, civil ou militar, similar ao do nosso passado recente ou ao de alguns países que infelizmente parecem caminhar para esse retrocesso no momento atual, aí sim, terão plena aplicabilidade as restrições à concessão ilegítima de anistia a agentes públicos que violem direitos humanos, a imprescritibilidade de crimes e todo o rol de garantias e proteções previstas na esfera do direito internacional público." (1^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 10 de março de 2017)

"Vale sublinhar, nesse passo, que a Constituição Federal impõe, como garantia individual e cláusula pétrea, a irretroatividade da lei penal. Revogar, anular, a anistia assegurada pela lei, há aproximadamente trinta e sete anos, a todos os crimes políticos e conexos cometidos durante o período da ditadura, por militares ou opositores do regime seria o mesmo que fazer retroagir norma penal incriminadora (art. 5º inciso XLIII), repristinando-se a punibilidade de todas aquelas ações de há muito anistiadas, o que afrontaria, evidentemente, a Constituição Federal" (8^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0001208-22.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Louise Leite Filgueiras Borer, 17 de fevereiro de 2016)

Encontramos ainda decisões que afastaram expressamente a incidência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos bem como da jurisprudência da Corte IDH (inclusive em caso de condenação contra o Estado brasileiro), rejeitando o argumento, desenvolvido no

âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, segundo o qual as graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade, praticados por agentes de Estado no período ditatorial brasileiro, são imprescritíveis.

“Especificamente quanto à recente condenação do Estado Brasileiro, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e assassinato do jornalista *Vladimir Herzog*, é certo que, de fato, o estado brasileiro foi omissos nos 20 anos que se seguiram ao terrível crime narrado. No entanto, não significa que o Estado pode agora ressuscitar sua pretensão punitiva penal, fulminada há muito pelo instituto da prescrição, bem como pela mencionada decisão política soberana de conceder anistia aos crimes políticos da época. Tal decisão, repise-se, já está consolidada na ordem jurídica nacional, sobretudo após a declaração de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal”. (1^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 5001469-57.2020.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 04 de maio de 2020)

“A invocada regra de imprescritibilidade penal, com base no sistema interamericano de direitos humanos, não possui qualquer menção no texto apenso ao Decreto n. 678/1992, que é a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Analisando todos os dispositivos da citada Convenção, nenhum deles traz a alegada regra de imprescritibilidade. Na realidade, esse tema – imprescritibilidade penal - nem é tratado no texto da Convenção. Diante de tal lacuna legal, relevante registrar que qualquer manobra jurídica, no sentido de extrair a imprescritibilidade penal de outros atos internacionais, como documentos, resoluções ou precedentes jurisprudenciais do sistema interamericano de direitos humanos será absolutamente inócuas na seara criminal, já que, no Brasil, a existência de lei formal no campo penal incriminador é garantia fundamental e constitucional. Portanto, aqui falece a tentativa do MPF de impor uma imprescritibilidade penal sem amparo em lei formal, já que o tratado invocado - CIDH, ainda que incorporado ao ordenamento jurídico, não possui tal regra penal, sem olvidar que o próprio STF tem entendimento de que somente norma de direito interno podem dispor a respeito de prescritibilidade ou imprescritibilidade (Ext 1362).” (1^a Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 de dezembro de 2019)

“Neste ponto, é preciso observar o aspecto de nossa soberania quanto fundamento da República Federativa do Brasil, nos exatos termos postos pelo constituinte originário na elaboração da Constituição Federal de 1988. Na dicção do artigo 1º, inciso I, “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania”. Logo, não é possível admitir a supremacia de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos à Constituição Federal sobre o mesmo assunto, considerando não só o princípio da soberania (ART. 1º, CEF/88), mas como o da independência nacional, autodeterminação e igualdade entre os povos (art. 4º, CF/88). Assim, conclui-se que a pretensão punitiva estatal

contida na denúncia também foi fulminada pela prescrição, pois se mostra inadmissível a punição no campo penal com a admissão da imprescritibilidade em caráter retroativo. E como dito acima, a Lei da Anistia de 1979 foi recepcionada pela Constituição Federal.” (7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0008172-31.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, nome do julgador não informado, São Paulo, 12 de julho de 2016)

Algumas decisões concluíram, ainda, pela prescrição dos delitos narrados nas denúncias, levando em consideração argumentos próprios do direito penal interno, como a validade da Lei de Anistia e a extinção da punibilidade fundamentada no artigo 107 do Código Penal:

“Considerando o tempo dos crimes descritos na denúncia, a prescrição verificou-se em 10/08/1983. Assim, em 10/08/1983 extinguiu-se, pela prescrição, a punibilidade. (...) Dessa forma, além do desrespeito à Lei de Anistia de 1979, as imputações criminais feitas na denúncia atentam também contra outra causa de extinção de punibilidade: a PRESCRIÇÃO, conforme dispõe o art. 107, IV do CP.” (1ª Vara Federal de Petrópolis, Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alcir Luiz Lopes Coelho, Rio de Janeiro, 6 de março de 2017)

“Portanto, a questão sobre a imprescritibilidade dos crimes contra os direitos humanos, assegurada por instrumentos da ONU (Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1950), Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificados pelo Brasil, sua incorporação no ordenamento interno e aplicação no tempo, tem sua análise até mesmo prejudicada, diante da validade da Lei de Anistia proclamada pelo E. Supremo Tribunal Federal”.(1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 de dezembro de 2019)

“Destarte, a questão relativa à imprescritibilidade dos crimes praticados contra os direitos humanos, com fundamento na decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, resta prejudicada, haja vista a validade da Lei de Anistia proclamada pelo E. Supremo Tribunal Federal” (4ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0009980-71.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, São Paulo, 22 set. 2016)

“A questão referente à possibilidade de tratado internacional posterior à Lei da Anistia vedar a prescritibilidade ou a própria anistia a fatos anteriores a sua internalização pela República Federativa do Brasil, já foi resolvida no âmbito da ADPF n. 153, inclusive com efeito *erga omnes*.” (Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, STJ, Agravo em Recurso Especial n. 1.575.477-SP (2019/0264396-0), Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Brasília, 3 de março de 2020)

“Os pacientes, e demais denunciados, são anciões, homens com cerca de oitenta anos de idade, alguns um pouco mais, outros um pouco menos, fato notório em função do tempo decorrido. A prescrição, assim, é privilegiada,

dá-se pela metade do prazo, nos termos do Código Penal, artigo 115, e 129 do Código Penal Militar, já tendo decorrido desde 30 de abril de 1981 até este ano de 2014, 33 anos..” (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, TRF-2, Habeas Corpus 2014.02.01.005684-7, Relator Antonio Ivan Athié, 02 de Julho de 2014 - Trecho retirado do voto vencedor do Relator Desembargador Antonio Ivan Athié)

“Registro, de resto, que a tese de imprescritibilidade baseada no *jus cogens* não afeta a questão central do quanto decidido pelo Pretório Excelso, qual seja, a de que a Lei de Anistia é válida e, consequentemente, retirou - para fins estritamente jurídico-penais - a possibilidade de serem processadas imputações relativas a fatos por ela abarcados. Isso porque, como se sabe, anistias significam a retirada episódica da natureza criminosa de fatos (reitere-se, para fins de punição penal); sendo vinculante o reconhecimento da validade da anistia, não se trata de analisar lapsos prescricionais, mas de reconhecer a inexistência de medida sancionatória penal, mesmo em tese, que seja cabível com relação aos fatos narrados na exordial, do que decorre sua rejeição.” (Ação Penal, 0012647-98.2014.4.03.6181, TRF-3 (11ª Turma), Embargos de Declaração em ReSE, Des. Fed. Rel. José Lunardelli)

Ainda que os argumentos, apresentados até aqui, possam ser considerados majoritários e vitoriosos, no que tange à rejeição das denúncias criminais oferecidas e ao não seguimento das ações penais, fato é que também encontramos, na jurisprudência analisada, alguns importantes posicionamentos que caminham em sentido oposto, defendendo que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade integra o ordenamento jurídico pátrio.

“Apesar de não ter ainda ratificado a Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (1968), o Brasil, por meio do Decreto Legislativo no 112, de 6 de junho de 2002, aprovou o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual contempla inequivocamente a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade, integrando-o ao nosso ordenamento. Assim como a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estatuto de Roma é também tratado internacional em matéria de direitos humanos, que não fora aprovado pelo quórum especial previsto no art. 5§ 3º da CF. Logo, assume o caráter de norma suprallegal, cuja consequência é a paralisação da lei ordinária nacional, no caso a aplicação dos dispositivos referentes à prescrição para os crimes de lesa-humanidade. A imprescritibilidade dos crimes contra humanidade não é em nada incompatível com a Constituição Federal, que, inclusive, atesta que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II da CRFB)” (Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, TRF 2, 1ª Turma Especializada, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019)

Algumas decisões judiciais defenderam que a investigação e sanção de crimes contra a humanidade constitui uma norma de *jus cogens*, devendo necessariamente ser seguida pelo Estado brasileiro, independentemente de disposição de direito penal interno.

“na medida em que o Estado brasileiro impede a persecução criminal de um

suposto autor de crime de lesa-humanidade, com base na Lei de Anistia, contraria norma de observância imperativa no cenário internacional (com status de *jus cogens*) 14: a obrigatoriedade de investigar e, se for o caso, punir civil e criminalmente a conduta." (Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, TRF 2, 1ª Turma Especializada, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019 -- trecho retirado do voto-vista da Des. Fed. Simone Schreiber)

"Não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, considero estarmos diante de verdadeiro *ius cogens*, que não pode ser ignorado pelos Estados." (4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juiz Caio Márcio Gutterres Taranto, Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.)

"Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1968 - pois estava no auge da ditadura militar nesta época -, entende a doutrina estarmos diante, na verdade, de verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais. [...]

Passemos, pois, aos argumentos que permitem afirmar que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é um princípio geral de direito internacional amplamente aceito pelos Estados e, portanto, incorporado aos costumes internacionais. Na Resolução da ONU nº 95, de 1946, a Assembleia Geral acolheu integralmente os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças do referido Tribunal. Relembre-se que aquele Tribunal havia procedido à definição de crimes contra a humanidade, bem como reconhecido a sua imprescritibilidade. Posteriormente, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi expressamente tratada na Resolução da ONU nº 3074, de 3 de dezembro de 1973. A força deste princípio, absorvido como verdadeiro costume internacional, permitiu fosse inserido em novos instrumentos internacionais, sendo de destacar-se sua previsão no Estatuto de Roma, que trata do Tribunal Penal Internacional. [...]

Os fatos narrados na denúncia ocorreram em 30 de abril de 1981: há exatos 33 anos, portanto. Tenho, porém, que a prescrição não ocorreu. Para tanto, parto de duas premissas importantes: (i) os crimes de tortura, homicídio e desaparecimento de pessoas, cometidos por agentes do Estado, como forma de perseguição política, no período da ditadura militar brasileira configuram crimes contra a humanidade; (ii) segundo princípio geral de direito internacional, acolhido como costume pela prática dos Estados e posteriormente por Resoluções da ONU, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis." (6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação penal 0017766-09.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Ana Paula Vieira de Carvalho, 13 de maio de 2014)

"Como já visto anteriormente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o Caso Herzog e outros vs. Brasil, afirmou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade tem caráter de *jus cogens*. No Direito Internacional, o conceito de *jus cogens* foi assim estabelecido no art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: 'é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como

norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral de mesma natureza"(Ação penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ (Terceira Seção), Recurso Especial 1.798.903 - RJ (2015/0256723-4), Relator Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, Brasília, 25 de setembro de 2019 - Trecho retirado do voto vencido do Ministro Rogerio Schietti Cruz)

3.3. A anistia concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) incide (ou não incide) nos crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira

Outro debate que foi levantado na maioria das ações penais, objeto deste estudo, foi sobre a possibilidade da incidência (ou não) de anistia -- concedida pela Lei de Anistia (Lei 6683/79) -- nos crimes perpetrados durante o período ditatorial⁴⁸ (crimes estes que abrangem condutas tais como assassinato, prisão ilegal, tortura, desaparecimento forçado, violência sexual, dentre outras). Trata-se, com efeito, da tese com maior incidência nas decisões judiciais mapeadas, sendo a anistia o principal argumento utilizado para impedir o seguimento das ações penais que visam a responsabilização de agentes da ditadura militar.

Segundo a referida lei, em seu art. 1º:

“É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometaram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

“§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

“§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

“§ 3º - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.”

⁴⁸ Das 48 ações penais, cujas denúncias foram recebidas ou rejeitadas (lembrando que há 3 denúncias que ainda não obtivemos informação sobre o recebimento ou rejeição da mesma), é possível afirmar que, ao menos, 46 casos abordam a tese sobre a possibilidade de prescrição ou não dos crimes da ditadura (vide anexo I). Não temos, contudo, levantamento quantitativo sobre a incidência desta tese em cada decisão judicial, proferida nos autos das ações penais mapeadas.

Cabe destacar que tal diploma legal costuma ser reforçado pela menção à Emenda Constitucional n. 26/85 que convocou a Assembleia Nacional Constituinte e resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988 (mais especificamente ao seu art. 4º, §1º)⁴⁹. A partir dela, alguns magistrados/as atribuem status constitucional à anistia concedida pela Lei 6.683 de 1979, conforme observado nas decisões em destaque:

“Deve ser colocado em relevo que a Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, e redundou na promulgação da Constituição Federal de 1988, reafirmou, em seu artigo 4º, a anistia para os autores de crimes políticos ou conexos que foram praticados entre 02.09.1961 a 15.08.1979. [...] Portanto, a Lei da Anistia possui relevo histórico na superação do estado de exceção, tendo sido expressamente reafirmada no ato convocatório da Assembleia Nacional Constituinte, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988.” (1ª Vara Federal de São Paulo, Ação Penal 0012647-98.2014.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel, São Paulo, 30 set. 2014).

“Enfim, a EC nº 26/85 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais que não repercuta nas próprias bases de nossa Constituição e, portanto, de toda a vida político-institucional pós-1988.” (STF, ARE 1116885/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Decisão Monocrática, Brasília, 15 jun. 2018).

“A constitucionalização da anistia de 1979, com a EC n. 26/85, proveu uma maior estabilidade ao momento político que o país atravessava, até porque um poder constituinte estava sendo convocado, indicando que a questão da anistia era prévia ao que se estaria legislando e elevada ao mesmo nível das normas constituintes a serem elaboradas. Ainda que se considere que a anistia constante da EC n. 26/85 não tenha sido, expressamente, incorporada ao novo texto constitucional de 1988 e não lhe tenha imposto limitações, haja vista a presença de um poder constituinte originário, é inegável que a anistia se aderiu ao texto da Constituição Federal de 1969, por força da EC n. 26/85. Sendo assim, as duas possibilidades convergem a uma certeza: a anistia de 1979 recebeu um viés constitucional, com o advento da EC n. 26/85.” (1ª Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 dez. 2019).

“5. Os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida no art. 4º, § 1º, da EC n. 26/1985, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979. Não se pode descurar, ademais, que a Lei n. 6.683/1979 foi considerada constitucional pelo STF, no julgamento da ADPF n. 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. Nada obstante, conforme explicitado pelo Ministro

⁴⁹ Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares. § 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

Alexandre de Moraes, Relator da Rcl n. 18.686/RJ, "essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99)". Nessa linha de entendimento, cabe ao STF verificar os efeitos da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, com a consequente harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux." (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ, 3ª Seção, REsp 1.798.903/RJ, Acórdão, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ acórdão Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 25 set. 2019)

A tese jurídica que defende a aplicação da Lei de Anistia aos crimes perpetrados no contexto da ditadura militar, mesmo quando constituem graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade, é expressivamente majoritária no Poder Judiciário brasileiro.

"Não obstante o louvável empenho do órgão ministerial, nas suas percucientes ponderações introdutórias à denúncia, em que pretende ver afastada a extinção de punibilidade dos fatos narrados; e não obstante a gravidade e a irreversibilidade das consequências dos fatos narrados, considera este Juízo que não há amparo legal ao prosseguimento da presente persecução penal. Como se verifica dos autos, os fatos descritos na vestibular ocorreram em maio de 1970, durante o regime de exceção, por muitos denominado ditadura militar, razão pela qual é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade, em decorrência da concessão de anistia (art. 107, II, CP). Com efeito, a Lei n. 6.683/79 estabelece que os crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, perpetrados entre 02/09/1961 a 15/08/1979, foram anistiados" (1ª Vara Federal Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0005946-82.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 07 ago de 2018)

"[...] outra interpretação da Lei de Anistia só poderá ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que a revogação da lei é de responsabilidade do Congresso Nacional. Mesmo nesta hipótese, nos termos do julgamento da ADPF no 153, ainda haveria a discussão acerca das implicações desta possível revogação, uma vez que a referida lei teria a natureza de uma lei- medida dotada de efeitos concretos já exauridos." (10ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0004204.32.2012.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal substituto Márcio Rached Millani, São Paulo, 29 mai. 2012).

"Sem entrar no mérito da acusação, isto é, a culpabilidade ou não do réu, deve ser rejeitada a denúncia, tanto por força da anistia aplicada aos crimes a ele atribuídos, quanto em razão da extinção da punibilidade pela prescrição. A Lei n. 6.683/79, em seu artigo 1º, anistiou a todos quantos, no período entre 02/09/1961 a 15/08/1979, tenham cometido crimes políticos ou com eles conexos, entendendo-se por conexos crimes de qualquer natureza relacionados, nos termos do §1º do artigo 1º da Lei de Anistia. Esse

entendimento foi confirmado pelo Tribunal Federal da 1ª Região quando do julgamento do Habeas Corpus n. 0068063-92.2012.4.01.0000 PA, em decisão proferida, em 2013, pelo Desembargador Federal Olindo Menezes, relativamente a acusação envolvendo fato com características semelhantes ao descrito na denúncia em análise, a saber, crime cometido na década de 70 por militar contra militantes no contexto da “Guerrilha do Araguaia. [...]”

Portanto, baseado na decisão do Supremo Tribunal Federal e no julgado do Tribunal Federal da 1ª Região, conclui-se que o artigo 1º e seu § 1º da Lei n. 6.683/79 aplicam-se a este caso e, por isso, deve-se considerar como anistiado o réu em relação aos crimes a ele atribuídos na denúncia.” (2ª Vara Federal Cível e Criminal da SSJ de Marabá, Ação Penal 1004994-59.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Heitor Moura Gomes, 22 de abril de 2020)

Tal posição, contudo, não é unânime. De modo ainda bastante minoritário, alguns magistrados defendem que a Lei de Anistia não pode ser aplicada a delitos perpetrados no contexto da ditadura militar, principalmente em razão da necessidade de cumprimento da jurisprudência da Corte IDH e de respeito aos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

“O Decreto nº 98.386/89, publicado no Diário Oficial em 13/11/1989, promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Esse Tratado Internacional contempla que os Estados Partes, no caso a República Federativa do Brasil, ‘tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição.’ Dessa forma, além da impossibilidade de graça e anistia, foram derrogadas para os tipos penais que punem a tortura, a exemplo do artigo 121, §2º, inciso III, do Código Penal, todas as demais hipóteses de extinção de punibilidade a exemplo do indulto, da abolitio criminis e da prescrição.” (4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juiz Federal Caio Márcio Gutterres Taranto, Rio de Janeiro, 26 maio de 2014).

“(...) é justamente em razão da incompatibilidade dos preceitos elencados na Lei de Anistia brasileira em face do Pacto de São José da Costa Rica que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *caso Gomes Lund* (‘Guerrilha do Araguaia’), fixou a responsabilidade do Estado Brasileiro em promover a persecução penal contra os acusados de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar brasileira.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0015358-42.2015.4.03.6181, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nino Toldo, São Paulo, 5 fev. 2019 - trecho retirado do voto vencido do Des. Fed. Fausto De Sanctis).

“À luz das normas de direito internacional e da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação da Lei de Anistia para impedir o prosseguimento de processos penais ajuizados em desfavor de supostos autores de crimes contra humanidade viola os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, além dos artigos 1.1 e 2” (TRF-2, 1ª Turma Especializada, ReSE 0170716-17.2016.4.02.5106, Acórdão, Rel. Des. Fed.

Paulo Espírito Santo, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Simone Schreiber, Rio de Janeiro, 14 ago. 2019).

Posição minoritária, mas ainda assim importante para esta análise, sustentou também a incompatibilidade da anistia com o Estado de Direito:

“Nessa ótica, já sob a luz da Carta Constitucional de 1967, a única interpretação viável da Lei nº 6.683/1979, dentro do espírito republicano, da legalidade, do devido processo legal, da moralidade, e, notadamente da dignidade da pessoa humana, passa pela preservação do direito de punir as graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos, tornando inadmissíveis a anistia, a prescrição ou qualquer outra medida extintiva da punibilidade que impeça a persecução penal. E de fato, a Lei nº 6.683/1979 não garante impunidade imoderada, restringindo o alcance da anistia (...) Embora a anistia seja tida como ato soberano estatal, não pode ser propagada com arbítrio desmedido, com abuso do poder de legislar, em desajuste total com o Estado de Direito ao qual deve se amoldar. Antes, encontra-se a ele submissa! Apagar as consequências de crimes que violam as garantias essenciais mencionadas ou mesmo assentir com a extinção da punibilidade pela inércia estatal é o mesmo que negar-lhes efeito. As garantias fundamentais da dignidade humana seriam inócuas, se fosse permitido ao próprio detentor do poder livrar seus agentes das consequências de tê-las desrespeitado. Assim, exige-se que o Estado Constitucional submeta-se, sempre, ao conjunto de limites estabelecido pelo Poder Constituinte, dentro dos critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, observando, inclusive na edição de leis, o chamado devido processo legal substantivo.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0009756-70.2015.4.03.6181, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nino Toldo, São Paulo, 11 jan. 2019 - trecho retirado do voto vencido do Relator originário).

Para fins de melhor compreensão desta tese jurídica, optamos por analisar, de forma separada, alguns dos principais argumentos utilizados pelos/as magistrados/as para fundamentar a aplicação (ou, eventualmente, a não aplicação) da Lei de Anistia a crimes cometidos no contexto ditatorial. São eles: (i) anistia como causa extintiva de punibilidade; (ii) os contornos jurídicos do conceito de “crime conexo” e o alcance da anistia; (iii) lei de anistia como “concerto político”; (iv) efeito vinculante da ADPF 153 e o julgamento pendente da ADPF 320.

3.3.1. Anistia como causa extintiva de punibilidade

Um dos argumentos mais recorrentes nos julgados é o de que a Lei de Anistia teria acarretado a extinção da punibilidade dos fatos ocorridos no período da ditadura militar ou, em outras palavras, o “esquecimento jurídico do ilícito”. Ou seja, a jurisprudência majoritária entende que, a partir da entrada em vigor da Lei de Anistia, tornou-se impossível a

persecução penal de condutas atribuídas à agentes de Estado no contexto ditatorial (como assassinato, tortura e desaparecimento forçado de pessoas, por exemplo).

“Nesse passo, deve ser dito que a anistia é uma das formas de extinção da punibilidade, que se caracteriza pelo esquecimento jurídico do ilícito, concedida pelo Congresso Nacional, por meio de lei, não suscetível de revogação, e que possui como decorrência a extinção de todos os efeitos penais dos fatos, remanescentes apenas eventuais obrigações de natureza cível. [...] Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. Só lhe sobrevivem as obrigações de ordem civil. Caberá sempre ao responsável pelo dano o dever de indenizá-lo. O fato como crime cessa de existir, mas subsiste como acontecer histórico e dele podem resultar efeitos não-penais. Um destes é essa obrigação civil de reparação. A anistia alcança o crime em qualquer momento da marcha do processo ou mesmo antes de que este se inicie ou depois da condenação.” (1^a Vara Federal de São Paulo, Ação Penal 0012647-98.2014.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel, São Paulo, 30 set. 2014).

“De resto, é evidente que um dos escopos da anistia em questão foi assentar a impossibilidade de persecução penal dos fatos típicos praticados por tais agentes no precitado contexto. Hipótese contrária não apenas ignoraria todos os registros e aspectos históricos da época (a exemplos dos trazidos *supra*), como também a própria moldura semântica da Lei 6.683/79, que claramente não traz em si limitação no que se refere a graves crimes praticados por agentes do aparato repressor de Estado. Nesse sentido, creio que o vocábulo ‘todos’ (Lei 6.683/79, art. 1º, *caput*), limitado apenas pelas exceções do art. 1º, § 2º, do estatuto em questão, seja autoexplicativo em sua abrangente literalidade.” (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0012647-98.2014.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 10 out. 2019)

“A anistia caracteriza-se pelo esquecimento jurídico do ilícito, tem como objeto fatos (e não pessoas) definidos como crime, em regra, políticos, militares ou eleitorais, independe da aceitação do anistiado e, uma vez concedida, é insusceptível de revogação.” (TRF-3, 5^a Turma, ReSE 0016351-22.2014.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, São Paulo, 21 ago. 2017).

“a anistia abrange muito mais que a conduta, mas o próprio fato, ou seja, não apenas a ação ou omissão, mas também o resultado. Disso pode-se extrair que a anistia deriva de uma lei penal negativa, pois exclui a tipicidade delitiva do fato como um todo, empregando para tanto um instrumento legislativo em pé de igualdade com aquele que o incrimina: a lei formal. [...] Já no campo de eficácia, trata-se de lei-medida, portanto de efeitos concretos, que se materializam no momento imediato de sua sanção, apagando o fato, sem a necessidade de qualquer complementação normativa. Logo, a lei-medida produz efeito por si só e de forma instantânea, exaurindo sua carga eficacial.” (1^a Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 17 mar. 2015).

Nem mesmo a jurisprudência da Corte IDH ou os tratados internacionais ratificados

pelo Brasil, posteriormente à promulgação da Lei de Anistia, seriam capazes, na visão da jurisprudência majoritária, de alterar tal entendimento, já que isso é visto como uma espécie de retroação de lei penal mais gravosa, algo vedado pelo ordenamento jurídico pátrio:

“[...]não há a possibilidade de manter a persecução penal em relação a condutas cuja punibilidade já foi extinta em razão da Lei da Anistia, ao argumento de insuscetível anistia os crimes objeto do presente writ tendo como parâmetro decisão de Organismo Internacional – o qual não se nega a efetiva inserção do Estado Brasileiro – criado após a própria Constituição Federal, bem como muito após a implementação dos efeitos da Lei da Anistia” (STJ, 5^a Turma, RO em HC na Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Brasília, 19 dez. 2019).

“Vale sublinhar, nesse passo, que a Constituição Federal impõe, como garantia individual e cláusula pétrea, a irretroatividade da lei penal. Revogar, anular a anistia assegurada pela lei há aproximadamente trinta e sete anos a todos os crimes políticos e conexos cometidos durante o período da ditadura, por militares ou opositores do regime seria o mesmo que fazer retroagir norma penal incriminadora (art. 5º inciso XLIII), reprimirando-se a punibilidade de todas aquelas ações de há muito anistiadas, o que afrontaria, evidentemente, a Constituição Federal” (8^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 0007052-50.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Louise Vilela Leite Filgueiras Borer, São Paulo, 15 jun. 2016).

“Assim, o compromisso assumido pelo Brasil no sentido de submeter-se às decisões da CIDH (sic) não pode ensejar afronta à Constituição Federal, a qual assegura a soberania das decisões judiciais em âmbito interno (artigo 1º, I, CF/88), bem como o respeito à coisa julgada e à irretroatividade da lei penal, como garantias individuais e cláusulas pétreas, e, igualmente, ao princípio da segurança jurídica. Desse modo, a decisão da CIDH (sic) que se apresente contrariamente à Constituição Federal - nos termos em que o Supremo Tribunal Federal a lê e a interpreta - não pode ter aplicação interna, sendo que no caso da Lei de Anistia o STF já se manifestou de forma definitiva. No caso em tela, ressalto que a norma constitucional estabelece a irretroatividade da lei penal, em seu artigo 5º, inciso XLIII. Assim, revogar ou anular a anistia assegurada por lei há quase 40 (quarenta) anos para todos os crimes políticos e conexos cometidos durante o período da ditadura, por militares ou opositores do regime, configuraria situação idêntica a retroagir norma penal incriminadora, relevando-se em verdadeira violação da Constituição Federal. (4^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0009980-71.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, São Paulo, 22 set. 2016)

Cumpre ressaltar que a defesa da anistia como causa extintiva de punibilidade foi um dos principais argumentos utilizados para fins de rejeição das denúncias criminais ajuizadas pelo MPF, como exemplificado na decisão em destaque:

“Por sua vez, o artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal estabelece que a denúncia será rejeitada quando faltar justa causa para a ação penal. Presentes, no caso concreto, os elementos que demonstrem a existência de fundamento de direito e de fato para a instauração do processo, há justa causa para a ação penal. O fundamento de direito está consubstanciado na subsunção da conduta descrita a um tipo penal. Por outro lado, o fundamento de fato é identificado na acusação em conformidade com a prova, relacionada com a existência material de um fato típico e ilícito (materialidade), indícios suficientes de autoria e um mínimo de culpabilidade. No caso, em razão da concessão de anistia em relação aos delitos políticos e os conexos com estes, praticados no período compreendido entre 02/09/1961 a 15/08/1979, não há falar em existência material de crime.” (TRF-3, ReSE 0008172-31.2016.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. Mauricio Kato, São Paulo, 8 mar. 2018).

Contudo, encontramos decisão sustentando argumento jurídico distinto, segundo o qual a Lei de Anistia não seria um obstáculo para o início da ação penal e sim fundamento para a posterior absolvição sumária em juízo de mérito.

“Assim, porque a mencionada Lei da Anistia, como se convencionou chamar a Lei n. 6.683/79, reconhece, do ponto de vista técnico, a anistia aos crimes praticados nas condições que estipula expressamente; não veda, em rigor, o processamento dos pleitos desta natureza, embora os seus termos venham a comportar regra, em verdade, de extinção da punibilidade do suposto agente (art. 107, II do CPB). Conquanto tênue a distinção, incidir ou não o preceituado no art. 10 da Lei n. 6.883/79 não é questão afeta às condições da ação, expressamente previstas no art. 43, II do CPP, mas sim matéria relativa ao art. 397 do mesmo diploma processual, que relaciona as hipóteses de absolvição sumária e encerram, por isso, juízo de mérito.” (2ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0004334-29.2012.4.01.3901/0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Pará, 29 ago. 2012).

3.3.2. Os contornos do conceito de "crime conexo" e o alcance da anistia

De acordo com a tese majoritária, encontrada na jurisprudência, a anistia teria contemplado não apenas os crimes políticos, como também os crimes a estes conexos praticados entre 02 de setembro 1961 e 15 de agosto de 1979. Na forma do art. 1º, §1º da Lei de Anistia, compreende-se por “conexos” os “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”. A análise dos julgadores sobre esta questão restringiu-se majoritariamente a considerações normativas, fazendo-se referência tanto à Lei de Anistia quanto à EC n. 26/85. Quando se debruçaram um pouco mais sobre a expressão “conexos”, indicaram apenas que a mesma deveria ser entendida de uma forma

ampla e “pouco técnica” (diferente do sentido de conexão previsto no artigo 76 do Código de Processo Penal).

“Com efeito, a Lei n. 6.683/79 estabelece que os crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, perpetrados entre 02.09.1961 a 15.08.1979, foram anistiados (...).” (1^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0012647-98.2014.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Fábio Rubem David Müzel, São Paulo, 30 de setembro 2014)

“A Emenda Constitucional n. 26, de 27/11/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, e redundou na promulgação da Constituição Federal de 1988, reafirmou, em seu artigo 4º, a anistia para os autores de crimes políticos ou conexos que foram praticados entre 02/09/1961 a 15/08/1979. ” (1^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 10 de março de 2017).

“[...] Trata-se, bem se sabe, da chamada ‘Lei de Anistia’, a qual foi anunciada como medida para o perdão e a exclusão, para efeitos penais, de todos os atos políticos ou ‘conexo’ (entendida essa expressão em sentido amplo e pouco técnico, no sentido de “relacionados”), no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (...). (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0001208-22.2016.4.03.6181, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, São Paulo, 06 de novembro de 2018 – trecho retirado do voto do Des. Fed. José Lunardelli que votou de maneira convergente ao voto vencedor do Des. Fed. Nino Toldo.)

Nesse sentido, é possível afirmar que, no que se refere ao alcance da Lei de Anistia, a maioria das decisões judiciais sustentou sua aplicação de forma ampla, geral e irrestrita. Assim, para além dos crimes políticos expressamente anistiados no *caput* da referida lei, prevalece uma compreensão ampla acerca do que seriam os crimes conexos aos crimes políticos, de modo a incluir em seu escopo crimes comuns praticados por agentes do Estado. Tal interpretação estaria justificada pela redação do art. 1º, §1º da Lei de Anistia, que faz alusão a “crimes de qualquer natureza” ao se referir aos crimes conexos. Ao englobar crimes comuns no bojo da anistia, tal interpretação abrangeeria, inclusive, crimes contra humanidade, tendo ou não eles caráter permanente.

“Os crimes políticos ou a eles conexos cujo núcleo de ação tenha ocorrido no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (daí advindo a expressão legal ‘cometidos’, neste contexto) se encontram abarcados por anistia, nos termos do art. 1º da Lei 6.683/79, inclusive os de natureza em tese permanente, ressalvados apenas os casos em que novos atos efetivos e autônomos tenham ultrapassado o lapso temporal previsto na precitada disposição legal.” (TRF-3, 4^a Seção, Embargos Infringentes e de

Nulidade 0004823-25.2013.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Marcos Lunardelli, São Paulo, 21 de março de 2019).

“Como se percebe, a norma constitucional não admite uma distinção baseada na ‘natureza jurídica’ do crime. A proibição à anistia não decorre de uma ou outra classificação doutrinária - como o é a distinção entre crimes instantâneos e permanentes - para permitir ou não que o legislador conceda anistia a quem tenha efetivamente praticado um crime. E o próprio crime, como tal, expressamente citado, que não pode ser objeto de anistia. Daí que o intérprete não está, à luz dessa norma, autorizado a introduzir uma distinção pela qual crime de uma ou outra classificação doutrinária ou ‘natureza jurídica’ sejam excluídos da discricionariedade legislativa.” (TRF-3, 5ª Turma, ReSE 0015754-19.2015.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. Andre Nekatschalow, São Paulo, 16 de dezembro de 2016).

“Na estrutura dogmática do crime, observa-se que os efeitos penais da anistia esvaziam a tese de que o crime de ocultação de cadáver, por ser um crime permanente, não seria tangenciado por uma anistia temporal, em razão de que, até a data da denúncia, os ditos corpos não foram encontrados, permanecendo a ocultação. Ou seja, na tese esposada pelo MPF, a anistia não teria produzido efeitos nos casos denunciados, pois o crime de ocultação de cadáver permanece até os dias de hoje, e a anistia limitou-se a agosto de 1979. Ocorre que esta não é a melhor ótica penal. Na realidade, a anistia deixou de considerar os fatos denunciados, ocorridos em 1973 e entre 1974 e 1976, como crimes, pois esse perdão legal excluiu o ‘fato’ e não somente a ação ou omissão, isto é, exclui também o resultado da esfera penal. A lei criminal negativa atuou de forma concreta e imediata sobre os fatos, permanecendo apenas eventuais efeitos civis e históricos. [...] Em outras palavras, o crime de ocultação de cadáver, ainda que permanente, foi excluído da esfera criminal, na medida em que a anistia operou-se sobre o fato e não somente sobre a conduta daquele período de tempo abrangido pela anistia.” (1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 dez 2019)

Há, contudo, decisões minoritárias que limitam os efeitos da anistia, defendendo a sua inaplicabilidade em casos de graves violações de direitos humanos, de crimes previstos na legislação ordinária (outros diplomas legais além dos Atos Institucionais e Complementares) e de crimes permanentes ou que foram cometidos ou perduraram para além do marco temporal previsto no art. 1º da Lei:

“Outra evidência do alcance restrito da anistia prevista na Lei 6.683/79 é a disposição contida no § 2º de seu art. 1º, que afirma exceções-se dos benefícios da anistia ‘os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal’. [...] Exceções-se da anistia, portanto, os militantes que se insurgiram contra o governo militar ‘pegando em armas’, em clara demonstração de que a anistia não foi tão ampla quanto se pretendia. Ora, se a Lei de Anistia não alcançou os militantes armados não pode ser interpretada favoravelmente aqueles que sequestraram, torturaram, mataram e ocultaram corpos pelo simples fato de terem agido em nome da manutenção do regime.” (TRF-2, HC na Ação Penal

0023005-91.2014.4.02.5101, Acórdão, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, Rio de Janeiro, 10 set. 2014).

“não se pode esquecer algo que veio a se prostrar além dos marcos do perdão ou, mesmo, ainda esta ocorrendo ou perdoar algo que renitentemente insiste em se atritar com a ordem jurídica e a vilipendiar os direitos da vítima e daqueles que com ela tenham laços” (2ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0004334-29.2012.4.01.3901/0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Pará, 29 de agosto de 2012).

“Vale observar ainda que, ao integrar a anistia à nova ordem jurídica, o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ratificou os limites da anistia mediante o emprego de uma expressão mais contida, referindo-se apenas a crimes políticos ou conexos - sem mencionar crimes de qualquer natureza, e, no que se referiu aos agentes estatais vinculou o alcance apenas a atos de exceção, institucionais ou complementares [...] Frente a tais considerações, a anistia não pode ser entendida como se abarcasse os crimes de homicídio, tortura, sequestro, etc., praticados por agentes estatais contra dissidentes do regime militar.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0012647-98.2014.4.03.6181, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 10 de outubro de 2019 - trecho retirado do voto divergente do Desembargador Federal Fausto De Sanctis).

“Nesse contexto, o artigo 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia pela historiografia, abarca, apenas, os atos ‘punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares’, a exemplo do AI 05/68. [...] Veja que a anistia contemplada pela Lei nº 6.683/79 não trata de condutas previstas no Código Penal e imputadas aos acusados até por força do voto presidencial. Na Mensagem de Veto nº 267 de 28 de agosto de 1979, o então Presidente da República comunica ao Congresso Nacional que vetou a expressão ‘e outros diplomas legais’ incluída na parte final do referido, o que incluiria o Código Penal. [...] De igual modo, a extinção de punibilidade pela anistia a militares por crimes puníveis previstos na legislação ordinária (outros diplomas legais além dos Atos Institucionais e Complementares) não se deu pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que também contemplou o período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Essa foi a construção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal dada ao sistema do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que estabeleceu anistia aos militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, ou seja, estritamente vinculando-a as referidos atos (e não com base na legislação comum, a exemplo do Código Penal). [...] Até mesmo a anistia prevista no artigo 8º do ADCT não contemplou a hipótese de legislação ordinária[...]” (4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juiz Federal Caio Márcio Gutterres Taranto, Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014).

“[...]a anistia não foi concedida a todos os crimes praticados durante o regime militar, mas tão somente àqueles de motivação política.” (STJ, 5ª Turma, RO em HC na Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, Acórdão, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Brasília, 19 de dezembro. 2019).

3.3.3. Lei de Anistia como "concerto político"

Outro argumento, presente nos processos ora analisados, consiste no entendimento da Lei de Anistia como um “concerto político”. Na leitura das decisões judiciais, encontramos o uso desse termo ou de expressões correlatas, tais como, “pacto conciliatório”; “medida de consenso”; “pacificação social”; “acordo político”; “processo amplo e negociado”; “acordo social”; e “ponte de ouro”. Com efeito, a ideia da Lei de Anistia como um concerto político relaciona-se à tese, atualmente majoritária no Poder Judiciário, de que a anistia no Brasil foi um processo amplo e negociado que teria contado com a participação de diversos atores e setores importantes da sociedade, tais como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). A jurisprudência majoritária sustenta, nesse sentido, que a Lei de Anistia teria sido uma medida de consenso entre diferentes setores político-sociais, sendo o resultado de um processo amplo e negociado. Afirmar o contrário disso, sustentam alguns magistrados/as, levaria à desconsideração do pacto conciliatório feito durante a transição política, dos interesses das diversas entidades envolvidas nesse processo e, em parte, da própria Constituição Federal de 1988.

“Não olvido os questionamentos de ordem histórica acerca do nível de forças política, física e econômica de cada um dos setores envolvidos (em especial do regime que ajudou a patrocinar a lei em questão e seu aparato econômico e armado). Eles, porém, não têm o condão de invalidar ou tirar o valor do núcleo histórico da anistia como processo amplo e negociado. Pensar o inverso implicaria retirar parcela relevante da legitimidade da própria Constituição de 1988, convocada já nos estertores do regime militar, mas ainda sob negociação e etapa de transição das quais participaram ativamente os líderes políticos que comandavam a República (bastando lembrar que senadores conhecidos como ‘biônicos’ - porquanto indicados pelo regime - participaram do próprio processo de elaboração da Carta Cidadã). Implicaria, também, desconsiderar a manutenção desse grande pacto conciliatório - ou de despenalização e descriminalização dos crimes políticos e ‘conexos’ do período - mesmo após a mudança do panorama político e do ‘jogo de forças’ depois do implemento da democracia e de alterações diversas no cenário nacional. Implicaria, outrossim, negar o apoio efetivo que diversas entidades da maior relevância e sem qualquer ligação ou interesse conectado ao regime de então conferiram ao conceito de anistia ampla, geral e irrestrita como abarcadora de crimes cometidos por pessoas em todas as condições, dos membros da luta política e armada contra o regime de exceção aos agentes do aparato de repressão patrocinado ou diretamente organizado pelo Estado brasileiro sob o mesmo regime. Quanto a este último ponto, saliente-se a participação relevante de entidades como o Movimento Feminino pela Anistia, o Comitê Brasileiro de Anistia, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e a Ordem dos Advogados do Brasil, bem como sindicatos e entidades estudantis.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0001208-22.2016.4.03.6181,

Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, São Paulo, 06 de novembro de 2018 – trecho retirado do voto do Des. Fed. José Lunardelli, que votou de maneira convergente ao voto vencedor do Des. Fed. Nino Toldo).

"A Lei de Anistia, por todo o contexto histórico de sua discussão e aprovação, foi etapa fundamental do restabelecimento do Estado de Direito efetivo no Brasil. É, nesse sentido, lei da maior excepcionalidade, traduzida como medida de consenso entre setores relevantes da sociedade e do meio político, bem assim do comando do governo militar, para iniciar a transição final com o reencontro de milhares de pessoas presas, torturadas ou exiladas, que poderiam retornar à liberdade ou ao território nacional por meio da medida. Tratando-se de acordo, e não de uma batalha em que se separam vencedores e vencidos, o caminho escolhido foi o da concórdia possível, com a consequente impossibilidade jurídica de punição individual tanto dos jovens que se lançara em armas na luta contra a opressão, quanto de agentes estatais de diversos tipos que, nos mais variados contextos, impuseram sevícias ou a morte a brasileiros até o final dos anos 1970." (TRF-3, 11ª Turma, Rese 0011528-34.2016.4.03.6181, Acórdão, Relator Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 22 de janeiro de 2019)

"Numa ótica político-social, a anistia (quando voltada ao perdão de crimes políticos ou conexos) representa uma ponte de ouro, na qual a sociedade caminha ao encontro de uma paz mais suave e rápida, desarmando as partes em conflito. Mesmo que uma solução beligerante possa chegar ao mesmo objetivo (fim do conflito), não há dúvidas de que essa opção contenciosa demandará um maior custo social, político, econômico e, principalmente de vidas humanas. Por esse motivo, procurou o STF prover uma interpretação histórica da Lei da Anistia de 1979, quando do julgamento da ADPF 153, considerando as vontades políticas então vigentes, sob pena de naufragar com o princípio da confiança e da segurança jurídica, que balizam não apenas a anistia em pauta, mas também outras que fatalmente virão, pois ainda estamos longe de uma sociedade, tanto interna quanto internacionalmente, plenamente estável no campo político; na realidade, a sociedade humana, desde seus primórdios, jamais passou um dia sequer sem vivenciar o estado de guerra em alguma parte do globo terrestre. Efeito incontínuo dessa insegurança jurídica, derivada da negativa em reconhecer a anistia concedida outrora com base em novos entendimentos e interpretações ou mesmo diplomas legais internos ou internacionais posteriores, é a obstrução de emprego dessa ponte conciliatória a crises políticas futuras, o que equivale a subtrair da sociedade a possibilidade de encontrar uma solução pacífica para seus conflitos políticos mais graves, remanescendo apenas as soluções beligerantes." (1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, 18 de dezembro de 2019)

Nessa esteira, é majoritário o entendimento de que, por mais duras que sejam as lembranças do período ditatorial brasileiro, a anistia teria sido o concerto político necessário para a retomada da democracia no país. Daí a ideia de que a anistia seria supostamente uma medida de interesse público, inspirada na necessidade de reconciliação e de paz social. Decisões judiciais afirmaram que a pacificação social poderia inclusive ocorrer a custos altos,

gerando a sensação de impunidade para aqueles que foram vitimados pelo regime militar.

“DIREITO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. IMPUTAÇÃO. HOMICÍDIO. AGENTES ESTATAIS. PERÍODO DA DITADURA MILITAR. LEI DA ANISTIA - LEI Nº 6.683/79. INCIDÊNCIA. REJEIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. Recurso interposto contra decisão que rejeitou denúncia ajuizada pelo Ministério Público Federal, em que se imputou aos acusados práticas em tese amoldadas ao art. 121 (*caput* e § 2º, incisos I, III e IV). Homicídio qualificado em tese praticado por agentes da repressão estatal no período da ditadura militar brasileira. 2. Não se pode, hodiernamente, controvertêr acerca da recepção, com plena normatividade, das disposições da Lei 6.683/79 e da Emenda Constitucional 26/85 (emenda ao texto constitucional de 1967), no que tange à anistia de todos os abarcados pela extensão material e temporal de suas disposições. Isso porque o tema foi objeto de expresso pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. 3. Tem-se, na Lei nº 6.683/79, texto normativo cujo sentido efetivo é indissociável de um contexto histórico extremamente grave e específico, que a ele se incorpora inclusive para fins de verificação de seu efetivo conteúdo. 4. A Lei de Anistia, por todo o contexto histórico de sua discussão e aprovação, foi etapa fundamental do restabelecimento do Estado de Direito efetivo no Brasil. É, nesse sentido, lei da maior excepcionalidade, traduzida como medida de consenso entre setores relevantes da sociedade e do meio político, bem assim do comando do governo militar, para iniciar a transição final com o reencontro de milhares de pessoas presas, torturadas ou exiladas, que poderiam retornar à liberdade ou ao território nacional por meio da medida. Tratando-se de acordo, e não de uma batalha em que se separam vencedores e vencidos, o caminho escolhido foi o da concórdia possível, com a consequente impossibilidade jurídica de punição individual tanto dos jovens que se lançaram em armas na luta contra a opressão, quanto de agentes estatais de diversos tipos que, nos mais variados contextos, impuseram sevícias ou a morte a brasileiros até o final dos anos 1970._5. A narrativa ministerial é de clareza solar: imputa-se aos denunciados prática de crime grave tendo por contexto o próprio exercício da repressão ilegal a pretexto de combater divergências subversivas. Trata-se, pois, da parcela de ex-agentes públicos anistiados em suas práticas originalmente típicas, anistia essa decorrente da Lei nº 6.683/79. O reconhecimento de sua incidência é, pois, obrigatório, devendo ser mantida a decisão recorrida. 6. Rejeição da denúncia mantida. Recurso desprovido.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0001147-74.2010.4.03.6181, Ementa, Rel. Des. Fed. José Lunardelli. São Paulo, 05 fev. 2019.)

“O que posso acrescentar, em concordância com o quanto exposto na sentença, é que, por mais que sejam dolorosas as lembranças de tudo o quanto ocorreu em desrespeito aos direitos humanos durante o período de exceção vivido no Brasil, o fato é que houve um concerto político, do qual participaram diversas entidades importantes do cenário nacional, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para que a anistia fosse ampla e o país retomasse o caminho da democracia.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0001217-81.2016.04.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. Nino Toldo, São Paulo, 07 de outubro de 2019.)

“Por fim, não se trata, aqui, de acobertar atos terríveis cometidos no passado, mas sim de pontuar que a pacificação social se dá, por vezes, a duras penas, nem que para isso haja o custo, elevado, da sensação de ‘impunidade’ àqueles que sofreram na própria carne os desmandos da opressão. Lembre-se, também, que não apenas opositores ao regime de exceção pereceram durante aquele difícil período. Há relatos e dados estatísticos que apontam a morte de inúmeras pessoas, militares e civis, que ou estavam em serviço ou eram meros inocentes, alheios às questões políticas que fervilhavam à época, os quais se encontravam na hora errada, no local errado e na circunstância errada; e morreram, da mesma forma que a vítima deste processo. Para estas vítimas também seria válido o raciocínio desenvolvido pelo órgão ministerial, que poderia equivaler à anulação dos efeitos da anistia? Há vida que seja mais importante? A do opositor de um regime autoritário? A do defensor de tal regime? A do inocente que nada tinha a ver com tal disputa de poder? A resposta é uma só: todas as vidas são importantes e todas devem ser protegidas.” (1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Representação Criminal 0009756-70.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 28 de setembro de 2015).

Nesse mesmo sentido, algumas decisões sustentaram que a Lei de Anistia seria uma espécie de “perdão para ambas as partes” e que, portanto, ao se compatibilizar e ponderar os princípios de direito internacional em consonância com os princípios e regras de direito interno, tal diploma legal deveria preponderar, posto representar um suposto acordo entre “os dois lados da disputa”.

“O segundo aspecto é que a anistia é um perdão para ambas as partes, que não pode ser vista como via única, e pior do que isso, não pode ser invocada mais de 30 (trinta) anos depois, para beneficiar um dos lados, quando, na verdade, a sociedade acordou em perdoar. Aliás, assim o fez, porque ambas as partes se sentiram vítimas (os militares e os chamados ‘militantes’), pois entendiam que estavam em meio a uma guerra. [...]”

“E finalizo dizendo que o perdão é um dos pilares de Deus para recompor as relações conturbadas do ser humano. Reabrir um caso, 43 (quarenta e três) anos depois do ocorrido sem a prova da presença física do corpo da vítima (se sequestro ou homicídio) é, no mínimo, uma atitude contrária aos interesses da sociedade brasileira que não dará bons exemplos aos mais jovens se assim o fizer, em nenhuma de suas vertentes. Para mim, tal intento nada mais é do que uma tentativa de vingança institucional. Quando o Brasil votou a Anistia não se imaginou que tempos depois haveria uma tentativa de não aplicá-la a uma das partes por motivos políticos. O Judiciário não é um órgão estritamente técnico, mas também não é um órgão puramente político, para ficar sujeito às mutações e as circunstâncias tópicas do comportamento político do País.” (TRF-2, 1ª Turma Especializada, ReSE 0801434-65.2013.4.02.5101, Acórdão, Relator Des. Fed. Paulo Espírito Santo, 30 de outubro de 2013)

“Por isso, compatibilizando-se e ponderando-se os princípios de direito internacional em consonância com os princípios e regras de direito interno, deve ser prestigiada a anistia alcançada, que abrangeu os dois lados da disputa. Como se vê no lapidar voto do Ministro EROS GRAU, no

julgamento da ADPF nº 153, acima transcrito, a anistia foi uma verdadeira conquista e veio com sabor de vitória naquele momento histórico. E de fato foi uma vitória, tanto que foi reproduzida na Constituição Federal de 1988, que consolidou o Estado Democrático de Direito no Brasil. Houve acordo, houve transigência, houve a busca de uma solução pacífica voltada ao futuro, para que a democracia pudesse voltar a ser uma realidade concreta - e para isso era imprescindível apagarem-se os efeitos jurídicos dos atos violentos praticados por ambos os lados da disputa. [...]

“Aqueles que padeceram concretamente durante o período autoritário sabem bem o que significa e quais as consequências da instabilidade das regras, da insegurança nas instituições; é justamente isso o que devemos buscar evitar, ainda que mediante o custo elevado que se condensa no sentimento de impunidade, que é partilhado tanto por quem foi vítima das autoridades do governo de então, quanto dos opositores do regime que pegaram em armas para defender seus ideais. Que esse custo possa servir para direcionar nossas rotas futuras em busca da pacificação social com Justiça e da verdadeira evolução da sociedade.” (1ª Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0005946-82.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, 07 de agosto de 2018)⁵⁰

Em poucas decisões encontramos argumentos (dispostos nos votos de um magistrado) que questionaram a visão da Lei de Anistia como um “concerto político”. Quando assim o fez, o magistrado chamou atenção para o processo legislativo de aprovação da Lei de Anistia, afirmando que a mesma foi aprovada com 50,61% dos votos, apenas cinco votos a mais daqueles que a rejeitaram, em um momento no qual os parlamentares não representavam de fato a sociedade, haja vista que parte dos cargos eram preenchidos por pessoas indicadas pelo próprio regime militar.

“[...] Consulta aos apontamentos relativos ao processo legislativo que ensejou a aprovação da Lei nº 6.683/1979 dá conta de que o ato legislativo em tela foi aprovado por 50,61% dos votos então proferidos, vale dizer, 206 parlamentares vinculados ao então partido da situação - ARENA - manifestaram-se favoravelmente à sua aprovação ao passo que 201 membros do MDB externaram posicionamento no sentido do refutamento de seu texto - portanto, a aprovação da Lei de Anistia decorreu de apertadíssima maioria, que se refletia apenas em 05 votos. Cumpre salientar, ademais, que o Congresso Nacional daquele contexto era formado por membros eleitos e por membros não eleitos (estes indicados por um colégio eleitoral no qual a ARENA - partido da situação, frise-se - era o predominante). Desta forma, mostra-se falacioso o argumento propalado segundo o qual a Lei de Anistia

⁵⁰ Este argumento foi reproduzido em outras decisões, tais como: 1ª Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015358-42.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de março de 2017; 1ª Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0015754-19.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 10 de fevereiro de 2016; 1ª Vara Criminal, do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Diaferia, São Paulo, 3 de agosto de 2018.

teria sido um bem costurado "acordo social" manifestado pela sociedade da época no sentido de apaziguar os ânimos e permitir que o país caminhasse para uma abertura política tranquila. Na realidade, referida Lei decorreu de uma diminuta margem de aprovação em um contexto em que os parlamentares envolvidos no processo legislativo não representavam efetivamente a sociedade brasileira na justa medida em que parcela daqueles cargos estava sendo ocupada por pessoas indicadas pelo próprio regime militar, razão pela qual não se pode concluir no sentido de que houve um debate social acerca da necessidade de aprovação de uma Lei de Anistia nem que a Lei em si é fruto da vontade soberanamente manifestada pelo povo brasileiro. (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0015358-42.2015.4.03.6181/SP, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, São Paulo, 05 de fevereiro de 2019 – trecho retirado do voto vencido do Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis.⁵¹

3.3.4. Efeito vinculante da ADPF 153 / Julgamento pendente da ADPF 320

A ADPF 153 é reiteradamente citada como um dos principais fundamentos jurídicos para a aplicação da Lei de Anistia. Na referida ação -- a qual atribui-se eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário brasileiro --, o STF declarou a validade da Lei de Anistia, reconhecendo a sua recepção pela CF/88.

Nesse sentido, na maioria das decisões, os magistrados se apoiam na ADPF 153 para rejeitar as denúncias oferecidas pelo MPF ou não dar provimento aos recursos em segunda instância (quando interpostos em favor do recebimento da denúncia). Os mesmos sustentam que não podem decidir de forma diferente ao que foi julgado pelo STF na referida ação, em razão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante da ADPF (decorrentes do art. 10, § 3º, da Lei 9.882/99)

“Como é sabido e consabido, a decisão proferida pelo colendo Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, § 3º, Lei n. 9.882/99).” (1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0016351-22.2014.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Andréia Silva Sarney Costa Moruzzi, São Paulo, 13 de janeiro de 2015).

“(...) se a Corte Suprema trouxe, na fundamentação central de sua decisão em controle abstrato na ADPF 153, a ideia de que a Lei de Anistia é válida à luz de nosso ordenamento, e que se trata de lei-ato ou lei-medida (insuscetível de simples revogação por normas posteriores, pois), não é dado a outros órgãos que representem o Estado-Juiz conduzir a questão com efeito diverso, sob pena de ferir, de fato, o mandamento do art. 102, § 2º, da Constituição da República.” (TRF-3, 11ª Turma, Embargos de Declaração no ReSE

⁵¹ Este argumento foi reproduzido pelo mesmo magistrado em outra decisão: TRF-3 (11ª Turma), ReSE 0001208-22.2016.4.03.6181, Relator Fausto De Sanctis, 17 de janeiro de 2019 -- trecho extraído do voto vencido do Des. Relator Fausto De Sanctis.

0012647-98.2014.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 12 de novembro de 2020).

“Parte-se da premissa de que não se pode, hodiernamente, controvertêr acerca da recepção, com plena normatividade, das disposições da Lei no 6.683/79 e da Emenda Constitucional no 26/85 (emenda ao texto constitucional de 1967), no que tange à anistia de todos os crimes abarcados pela extensão material e temporal de suas disposições. Isso porque o tema foi objeto de expresso pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, relator o Ministro Eros Grau. No julgado, firmou-se, com efeito vinculante, a decisão de que os precitados enunciados veiculadores de anistia a agentes estatais e combatentes contrários ao regime instaurado em 1964 foram recepcionados pela Ordem Constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988.” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0001147-74.2010.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 5 fev. 2019).

Algumas das decisões analisadas chamaram atenção para a existência de embargos de declaração nos autos da ADPF 153, ainda não julgados, bem como para a existência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320 (ADPF 320), na qual novamente questiona-se a constitucionalidade da aplicação Lei 6.683/79 às graves violações de direitos humanos e aos crimes continuados ou permanentes. Mas as decisões assim o fizeram para sustentar que a mudança de posicionamento do STF depende necessariamente do julgamento das referidas ações.

“Vê-se, assim, que a Suprema Corte tem reafirmado a eficácia erga omnes e o caráter vinculante do quanto decidido na ADPF 153, no sentido da recepção da Lei nº 6.683/79 pela ordem constitucional vigente, a obstar a persecução penal pretendida, diante da extinção da punibilidade promovida pelo art. 1º da multicitada Lei de Anistia. Nesse contexto, até o julgamento dos embargos de declaração nos autos da ADPF 153, inviável o afastamento do quanto decidido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, sendo mais prudente determinar o sobrerestamento do feito até decisão definitiva da Corte Suprema, quando caracterizada hipótese de crime contra a humanidade, o que não se vislumbrou no presente caso.” (1ª Vara Criminal da Justiça Federal da subseção judiciária de Araguaína, Tocantins, Ação Penal 0002631-17.2018.4.01.4301, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Ana Carolina de Sá Cavalcanti, Tocantins, 18 dez 2018).

“[...]enquanto não decidida, os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados à decisão proferida na ADPF nº 153/DF” (TRF-3, 11ª Turma, ReSE 0012647-98.2014.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 10 out. 2019).

“Se existe outra arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 320/DF), na qual o órgão ministerial considera que há boas chances de revisão do entendimento do E. STF, que se aguarde, pois, o pronunciamento do Pretório Excelso, único órgão que poderia, mesmo que obliquamente,

deliberar de modo a cessar aplicação à decisão da ADPF 153. Até lá, a decisão da ADPF 153 deve ser cabalmente respeitada” (1^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 0009756-70.2015.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 28 set. 2015).

Há decisões que destacaram o julgamento da Reclamação 16.868/RJ, na qual o STF, ainda que liminarmente, reafirmou seu entendimento, consolidado na ADPF 153, de que a Lei de Anistia é constitucional e deve ser aplicada até mesmo a graves violações de direitos humanos.

“Oportuno registrar, ainda, que nos autos da Reclamação nº 16.686/RJ, foi deferida liminar, em 29/09/2014, pelo então Ministro Relator Teori Zavascki para suspender a ação penal nº 0023005-91.2014.4.02.5101, ajuizada em face de José Antônio Nogueira Belham e outros, que busca a responsabilização criminal de agentes militares pelo homicídio e ocultação de cadáver do Deputado Rubens Beyrodt Paiva, além dos crimes conexos de fraude processual e quadrilha, que teriam ocorrido em janeiro de 1971, durante a ditadura militar. Na ocasião, o então Ministro Relator entendeu que a decisão reclamada, ao afastar a incidência da Lei da Anistia ao caso concreto, ‘é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia) e definido o âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros)’. Em 23/11/2018, o atual Relator, Ministro Alexandre de Moraes, concedeu a extensão dos efeitos da liminar proferida naqueles autos para suspender o trâmite da ação penal nº 0014922-47.2018.4.02.510115, perante a 8^a Vara Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, até final decisão de mérito na reclamação, pelos mesmos fundamentos deduzidos pelo seu antecessor.” (1^a Vara Criminal da Justiça Federal da subseção judiciária de Araguaína, Tocantins, Ação Penal 0002631-17.2018.4.01.4301, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Ana Carolina de Sá Cavalcanti, Tocantins, 18 dez 2018).

Vale destacar, contudo, posicionamento minoritário, segundo o qual, por ainda haver embargos de declaração pendentes de julgamento na ADPF 153 e por não ter sido julgada a ADPF 320, não teria havido o exaurimento do exame do alcance e da validade da Lei de Anistia e, assim, seria possível o recebimento das denúncias criminais oferecidas pelo MPF:

“Desta feita, sob o enfoque ora em comento, qual seja, da validade da Lei de Anistia à luz da Constituição Federal de 1988, nota-se que o tema não restou inteiramente enfrentado pelo C. Supremo Tribunal Federal, de modo que a deliberação acerca do recebimento (ou não) da denúncia ofertada pelo *Parquet* federal neste expediente não possui o condão de ofender ou de desafiar o que restou sufragado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 153.” (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0015358-42.2015.4.03.6181, Rel. Des. Fed. Fausto De Sanctis, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nino Toldo, São Paulo, 5 fev. 2019 - trecho retirado do voto do Relator originário).

“Primeiramente, registro que a decisão do STF nos autos da ADPF 153/DF não é definitiva, pois ainda não transitou em julgado, estando pendentes de julgamento os embargos de declaração interpostos pela OAB. Logo, não se produz, por ora, qualquer efeito vinculante quanto ao alcance da Lei nº 6.683/79 no direito interno brasileiro. [...] Em segundo lugar, a decisão da ADPF 153 foi proferida antes do julgamento do caso GOMES LUND, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não tendo o Supremo Tribunal Federal se pronunciado, ainda, sobre o controle de convencionalidade da Lei de Anistia em face do Pacto de San José da Costa Rica, o que se espera venha a ocorrer no julgamento de uma outra ADPF: a de número 320. [...] Nesta conjuntura, se algum efeito vinculante há no presente momento, ele advém de uma decisão de cunho internacional, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, posterior ao ajuizamento da ADPF 153.” (8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0014922-47.2018.4.02.5101, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Valeria Caldi Magalhaes, Rio de Janeiro, 11 jun. 2018).

Pode-se afirmar que o entendimento prevalecente na jurisprudência é o de que, em decorrência da decisão proferida pelo STF no bojo da ADPF 153⁵², a Lei 6.683/79 é válida e concedeu anistia ampla, geral e irrestrita:

“Em suma, este é o panorama traçado pela jurisprudência do país, a partir de sua mais alta Corte, sendo que, ainda que em dissonância com o que tem sido decidido no âmbito dos Tribunais Internacionais, conforme visto acima, pelo que o país, uma vez mantida a decisão, e tudo indica que o será, poderá ser, de algum modo, responsabilidade no âmbito internacional, senão politicamente pelo menos, verdade é que, em termos de soberania interna, não há como não garantir o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte.” (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0011715-42.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque, São Paulo, 4 nov. 2016).

“(...) a ADPF 153, numa interpretação histórica, reconheceu que o conteúdo normativo da expressão *crimes conexos*, presente na Lei 6.683/79, detém elevada amplitude material, elemento esse que vetora a concessão do perdão estatal, extrapolando os delitos políticos puros. O referido julgado compreendeu ainda pela presença do caráter bilateral da referida benesse, daí a sua qualidade de anistia ampla e geral. Isto significa que a lei anistiadora de

⁵² Além disso, alguns magistrados também argumentam que existe decisão posterior à ADPF 153 e à Sentença do caso Gomes Lund em que se reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia é constitucional. Trata-se da Reclamação 18.686, em que o ministro Teori Zavascki deferiu liminar para determinar a suspensão de ação penal contra cinco militares acusados de envolvimento no desaparecimento e na morte do deputado federal Rubens Paiva, em janeiro de 1971. Assim, entendem que, “por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso ‘Gomes Lund vs. Brasil’, que considerou que a Lei de Anistia brasileira não se adequava às regras do direito convencional, tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada. Em tais autos, em decisão liminar, a instância máxima do judiciário brasileiro reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia foi recepcionada pelo ordenamento constitucional e encontra-se plena em eficácia e validade.” (1ª Vara Federal Criminal, Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0013000-02.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Substituta Andréia Moruzzi, São Paulo, 4 dez. 2018).

1979 abarcou também as ações e omissões dos agentes do estado e não somente as condutas dos refratários ao regime político de então.” (1^a Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 17 mar. 2015).

“Pode haver controvérsia teórica ou política acerca de ter sido a melhor das soluções para a Nação; não, todavia, de ter sido essa a solução concertada, aprovada e incorporada ao ordenamento brasileiro, não cabendo ao Poder Judiciário ou a outros órgãos não legislativos excluir ou desconsiderar aquilo que um enunciado normativo de claro caráter amplo e geral, abarcador das mais diversas situações criminosas praticadas no contexto da defesa da ditadura ou do combate a ela, impõe. É esse o sentido histórico e teleológico atribuíveis ao comando descriminalizador do art. 1º, caput e § 1º, da Lei no 6.683/79. É tal, igualmente, o sentido dado pela Suprema Corte às disposições da Lei de Anistia, no já referido julgado com efeitos erga omnes e eficácia vinculante, nos termos do art. 102, §§ 1º e 2º, da Constituição da República.” (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0001147-74.2010.4.03.6181, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 5 fev. 2019).

3.4. A anistia, concedida pela Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), incide (ou não incide) sobre o crime de sequestro de pessoas ou ocultação de cadáver

Parte da jurisprudência analisada abordou a tese jurídica, construída pelo GTJT do Ministério Público Federal (MPF), a respeito dos casos de desaparecimento forçado de pessoas⁵³ ocorridos durante a ditadura militar. De acordo com o MPF, as condutas dos agentes de Estado envolvidos em desaparecimentos forçados na ditadura -- categoria esta não prevista em nosso ordenamento jurídico nacional -- podem ser qualificadas internamente como crimes de sequestro de pessoas⁵⁴ e/ou ocultação de cadáver⁵⁵, previstos pelo Código Penal brasileiro. Segundo o órgão ministerial, a natureza permanente dos crimes de sequestro e ocultação de cadáver afastaria a possibilidade de aplicação da Lei de Anistia, assim como a prescrição

⁵³ Segundo o artigo 2º da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas: “Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.”

⁵⁴ O crime de sequestro de pessoas está previsto no Código Penal brasileiro: “Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: são, de um a três anos. § 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias; IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; V - se o crime é praticado com fins libidinosos; § 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

⁵⁵ O crime de ocultação de cadáver está previsto no Código Penal brasileiro: “Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”

punitiva dos delitos.

Inicialmente, destaca-se que esta tese foi abordada em, pelo menos, oito⁵⁶ das decisões de recebimento ou rejeição das denúncias analisadas na presente pesquisa. Nestas decisões de primeira instância, cinco⁵⁷ delas aceitaram os argumentos apresentados pelo MPF, enquanto as três⁵⁸ restantes os rejeitaram. No entanto, ressalva-se que em uma dessas decisões, a tese defendida pelo MPF foi acolhida na fundamentação judicial, porém a denúncia foi considerada rejeitada em razão de outros elementos, apesar de se ter concordado com a natureza permanente dos fatos narrados e com a consequente inaplicabilidade da Lei de Anistia ou da prescrição punitiva⁵⁹. Ademais, em uma dessas decisões que recebeu a denúncia, o recebimento ocorreu apenas em juízo de retratação, já que anteriormente havia decisão liminar pela rejeição da denúncia⁶⁰.

Com relação às decisões de segunda instância, no âmbito dos Tribunais Regionais Federais (TRF), o argumento sobre a inaplicabilidade da Lei de Anistia aos delitos de sequestro e ocultação de cadáver obteve menor aceitação. A maior parte das decisões colegiadas refutou os argumentos trazidos pelos MPF, ainda que tenha havido votos divergentes em sentido contrário.⁶¹ Por sua vez, quando os processos judiciais alcançaram os tribunais superiores (STJ e STF), mesmo quando o debate não foi aprofundado por razões

⁵⁶ Denúncias referentes às Ações Penais de n. 0000342-55.2015.4.01.3901 (Caso André Grabois, João Gualberto Calatrone, Antonio Alfredo de Lima); 0003088-91.2013.4.01.3503 (Caso Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado); 0801434-65.2013.4.02.5101 (Caso Mário Alves de Souza Vieira); 0006232-77.2012.4.01.3901 (Caso Divino Ferreira de Souza); 0004204.32.2012.4.03.6181 (Caso Aluizio Palhano Pedreira Ferreira); 0011580-69.2012.4.03.6181 (Caso Edgar Aquino Duarte) 0001162- 79.2012.4.01.3901 (Caso Hélio Luiz Navarro Magalhães, Maria Célia Corrêa, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua, Telma Regina Cordeira Corrêa); 5005036-93.2019.4.02-5103 (Caso Ana Rosa Kucinski Silva, Armando Teixeira Frutuoso, David Capistrano da Costa, Eduardo Collier Filho, Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira, João Batista Rita, João Massena Melo, Joaquim Pires Cerveira, José Roman, Luiz Ignácio Maranhão Filho, Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto e Wilson Silva).

⁵⁷ Vide: Ações Penais n. 0003088-91.2013.4.01.3503 (Caso Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado); 0006232-77.2012.4.01.3901 (víctima Divino Ferreira de Souza); 0011580-69.2012.4.03.6181 (Caso Edgar Aquino Duarte); 0001162- 79.2012.4.01.3901 (Caso Hélio Luiz Navarro Magalhães, Maria Célia Corrêa, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua, Telma Regina Cordeira Corrêa); 5005036-93.2019.4.02-5103 (Caso Ana Rosa Kucinski Silva, Armando Teixeira Frutuoso, David Capistrano da Costa, Eduardo Collier Filho, Fernando Augusto Santa Cruz Oliveira, João Batista Rita, João Massena Melo, Joaquim Pires Cerveira, José Roman, Luiz Ignácio Maranhão Filho, Thomaz Antonio da Silva Meirelles Netto e Wilson Silva).

⁵⁸ Vide: Ações Penais n. 0000342-55.2015.4.01.3901 (Caso André Grabois, João Gualberto Calatrone, Antonio Alfredo de Lima); 0801434-65.2013.4.02.5101 (Caso Mário Alves de Souza Vieira); 0004204.32.2012.4.03.6181 (Caso Aluizio Palhano Pedreira Ferreira).

⁵⁹ Ação Penal n. 0003088-91.2013.4.01.3503 (Caso Maria Augusta Thomaz e Márcio Beck Machado).

⁶⁰ Ação Penal n. 0001162- 79.2012.4.01.3901 (Caso Hélio Luiz Navarro Magalhães, Maria Célia Corrêa, Daniel Ribeiro Callado, Antônio de Pádua, Telma Regina Cordeira Corrêa).

⁶¹ Votos divergentes em segunda instância que acolheram a referida tese: Acórdão de Recurso em Sentido Estrito da Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181 (Caso Aluizio Palhano Pedreira Ferreira); Acórdão de Recurso em Sentido Estrito da Ação Penal n. 0015754-19.2015.4.03.6181; e Acórdão de Habeas Corpus n. 68063-92.2012.4.01.0000 (Caso Aluizio Palhano Pedreira Ferreira).

processuais, verificou-se que ainda há espaço para discussão sobre os contornos e consequências da presente tese jurídica. Cabe ressaltar que a primeira e única sentença condenatória em casos de crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira ocorreu precisamente em uma ação penal que aborda esta tese⁶², tendo o MPF destacado a natureza permanente do delito de sequestro como forma de se afastar a incidência da anistia e prescrição⁶³.

A partir da análise das decisões judiciais mapeadas, observou-se que a posição do Poder Judiciário ainda é incerta quanto à esta tese. Não há uma posição consolidada, na jurisprudência, a respeito da incidência ou não da anistia nos delitos de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver, em razão de sua alegada natureza permanente. Há, com efeito, uma pequena maioria de decisões, em primeira instância, que acolheu os argumentos do MPF no sentido de afastar a aplicação da Lei de Anistia em tais casos, ao passo que, em segunda instância, a maior parte das decisões judiciais refutou-os. A seguir, elencamos os principais argumentos, encontrados nas decisões judiciais, a respeito da possibilidade ou não de incidência da Lei de Anistia em casos de crimes de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver (tipos penais utilizados pelo MPF para qualificar internamente casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no contexto da ditadura militar).

3.4.1. Argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para acatar a tese segundo a qual os crimes de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver não são passíveis de anistia

Em primeiro lugar, algumas decisões judiciais afirmaram que os fatos narrados nas denúncias oferecidas pelo MPF -- abordando casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no período ditatorial -- configuravam crimes de sequestro e/ou ocultação de cadáver, portanto delitos de natureza permanente. Em concordância com os argumentos trazidos pelo MPF, quanto à permanência das condutas delitivas, tais decisões sustentaram que, mesmo transcorridos mais de 35 anos após o fim da ditadura militar no Brasil, ainda era possível levantar dúvidas quanto à morte das vítimas, tendo em vista a ausência de informações suficientes para identificar os restos mortais das mesmas. A fim de assegurar que

⁶² Ação Penal n. 0011580-69.2012.4.03.6181 (Caso Edgar Aquino Duarte).

⁶³ Embora a sentença condenatória tenha utilizado fundamentos jurídicos diferentes dos aqui tratados -- voltando-se centralmente para o debate sobre a categoria de crime contra a humanidade --, a decisão de recebimento da denúncia, bem como as decisões em sede de recursos em segunda instância abordaram uma série de elementos desta tese para possibilitar o prosseguimento do processo penal.

a hipótese trazida pelas denúncias criminais era factível (a respeito da permanência das condutas delitivas até o contexto atual), mesmo que improvável, algumas decisões trouxeram dados fáticos que contradiziam a argumentação sobre a impossibilidade das vítimas ainda estarem vivas, mencionando, por exemplo, que a idade atual das mesmas seria inclusive inferior ou igual à dos acusados.

"Como se vê, levada em conta apenas a questão do transcurso do tempo, é factível afastar-se a idéia do óbito — não levadas em conta questões naturais ou de infortúnio — porque o próprio denunciado, hoje, tem idade superior àquela que seria, em tese, a idade da vítima, atualmente ainda desaparecida e de cujo óbito (circunstâncias deste, local de sepultamento, cadáver ou mesmo restos mortais) não se tem, concreta e seguramente, angariado nada a respeito, conforme se pôde apreender do extenso material de pesquisa e investigação jungido nos volumes atentamente manuseados neste Juízo. [...]

No caso concreto, os documentos que instruem os autos retratam depoimentos de pessoas participantes do evento e que admitiram que na operação em que ferida a vítima antes referida, outros três foram efetivamente mortos e enterrados; quanto ao ferido, levado com vida, têm-se informações de que teria sido interrogado durante certo período pós-captura; dali, o que se têm são registros ora de que teria vindo a óbito no dia seguinte ora de que teria sido posto em um helicóptero para ser submetido a tratamento médico noutra base militar (Volume IV do apenso, termo de depoimento no bojo da Carta Precatória n. 2009.25159-6). Não há em qualquer momento, lado outro, informações quanto às circunstâncias espaciais ou temporais do óbito, como não há referência qualquer a achados de seu cadáver ou restos mortais em alguma das expedições até hoje realizadas." (2ª Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal 0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Marabá, 29 ago de 2012)

"Vejo que esta denúncia retrata exatamente o *absurdo* que significou o período da ditadura militar em nosso país e suas consequências desastrosas para a nação. O absurdo não está apenas na literatura e no cinema, mas nos atos de arbítrio injustificados e por isso é preciso conhecê-los e enfrentá-los, pois impedir o julgamento de pessoas apontadas como criminosas, neste momento e neste processo, é algo que contribuiria e daria seqüência, isso sim, ao verdadeiro *absurdo* que herdamos. [...]

Mas aqui, infelizmente, não estamos diante de atos humanamente impossíveis de acontecerem, ou seja, tudo o que foi narrado na denúncia pode efetivamente ter ocorrido." (TRF3, Ação Penal 0004204.32.2012.4.03.6181, Acórdão, Voto divergente Des. Fed. Cotrim Guimarães, São Paulo, 29 abr. 2013)

"Embora possível sua morte real, existe a probabilidade de permanecer privado de sua liberdade, conclusão que não pode ser afastada sequer pela provável idade de EDGAR nos dias de hoje (73 anos), que corresponde à expectativa de vida média do brasileiro segundo o IBGE, e é menor, por exemplo, que a do acusado CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA. Nem mesmo a alegação da ocorrência de abertura política e da existência de um Estado hoje fundado por bases democráticas e, em princípio seguro, constitui circunstância suficiente para superar a conclusão de que não há

elementos suasórios, nesta fase processual, do óbito da vítima, constituindo-se, ademais, tal tese em argumentação retórica e metajurídica. Apenas para argumentar, casos há, infelizmente, de privação de liberdade que perduraram por muitos anos." (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, Decisão de recebimento de denúncia, São Paulo, 23 out 2012)

"Tampouco trouxeram os impetrantes demonstração cabal de ausência de justa causa para exercício da ação penal, em especial para fins de excepcionalíssimo trancamento pela via do *habeas corpus*. [...] Os documentos referidos na exordial e os diversos depoimentos de pessoas que também foram vítimas de arbitrariedades praticadas por pessoas que exerciam funções no aparato de segurança estatal atestam, ao menos dentro do escopo passível de exame em *habeas corpus*, a existência de justa causa para o ajuizamento da ação penal de origem.

Não se pode falar aqui em ausência de tipificação; ao contrário, e sempre em tese, o fato de se ter a imputação dirigida a pessoas que exerceriam funções públicas no aparato de segurança estatal em nada retira o caráter delitivo do crime. [...] O longuissimo período de privação de liberdade descrito na exordial, bem como supostas sevícias físicas e morais cometidas nos anos de aprisionamento ilegal em dependências públicas justificam plenamente a tipificação da conduta também no que tange ao amoldamento da qualificadora prevista no art. 148, § 2º, do Código Penal.

Presença, em tese, de justa causa para exercício da ação penal, entendida como comprovação, perante o órgão jurisdicional que examinará a peça acusatória, de que há elementos de prova suficientes a embasar a acusação, a atestar a real possibilidade de que tenha havido a ocorrência (nos moldes dos fatos narrados na preambular) de um fato típico. Os documentos referidos na exordial e os diversos depoimentos de pessoas que também foram vítimas de arbitrariedades praticadas por pessoas que exerciam funções no aparato de segurança estatal atestam, ao menos dentro do escopo passível de exame em *habeas corpus*, a existência de justa causa para o ajuizamento da ação penal de origem." (Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, TRF3, Habeas Corpus n. 0030530-11.2013.4.03.0000/SP, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 29 set 2017)

Argumento importante, encontrado em algumas das decisões mapeadas pela pesquisa, consistiu na equiparação da figura do desaparecimento forçado de pessoas ao delito de sequestro, tomando como fundamento para tanto o entendimento do STF em casos de extradição (como as Exadições n. 974-0 e 1.150). Cabe esclarecer que, em tais julgamentos, o STF analisou casos de desaparecimento forçado de pessoas (ocorridos, por exemplo, durante a ditadura militar argentina) com similaridades fáticas às denúncias em questão, equiparando tal conduta, para fins de extradição dos acusados, ao crime de sequestro, em razão da ausência de vestígios da morte da vítima e do caráter de crime permanente (segundo o qual, não ocorre prescrição até a sua cessação).

"Embora o Brasil tenha aprovado a Convenção Interamericana sobre o

Desaparecimento Forçado de Pessoas (Convenção de Belém do Pará) através do Decreto Legislativo n.º 127/2011, ainda não há, no ordenamento jurídico a tipificação desta conduta.

“Entretanto, o E. STF, adotando a mesma solução para o crime de conspiração, equiparando-o ao delito de quadrilha ou bando (Extradicação no 1122/Estado de Israel, Relator Min. Ayres Britto, j.21/05/09), em casos como do Major Manuel Juan Cordeiro Piacentini (Extradicação no 974. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 26/08/09) e do Major Norberto Raul Tozzo (Extradicação no 150, Rel. Min. Carmem Lúcia, j. 19/05/2011), autorizou suas extradições para a República da Argentina, por crimes cometidos na década de 1970, desconsiderando o “nomen juris” do delito, por entender que o desaparecimento forçado, naquelas hipóteses, equipava-se ao crime de seqüestro (artigo 148 do Código Penal), ora imputados aos denunciados, havendo, pois o requisito da dupla tipicidade.” (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, Decisão de recebimento de denúncia, São Paulo, 23 out 2012)

“De fato, no julgamento do pedido de extradição no 974-0, em que julgado pedido formulado pela Argentina (e tido por prejudicado o mesmo pedido formulado pelo Uruguai), a Corte Suprema veio a entender por maioria (vencidos o Min. Marco Aurélio e o então Min. Menezes Direito) que o desaparecimento de vítima por trinta e cinco anos sem que haja notícia quanto a ela, viva ou morta, amolda-se, em tese, à figura típica do seqüestro que, dado o não reaparecimento da pessoa vitimada e ausentes os vestígios da morte, pode perdurar. [...]”

“Desta feita, analisada a imputação fática ‘sob o enfoque de seu enquadramento ou tipificação legal, M abstrato, a Corte Máxima entendeu, por maioria, que desaparecimentos em circunstâncias tais, em tudo semelhantes ao caso relatado na denúncia, ganham, em tese, molde típico, subsumem-se à regra de proibição e são apenadas sob a ordem jurídica pátria, nos termos do art. 148 do CPB. Se assim o STF se posicionou por duas vezes, por coerência e juridicidade não se pode negar trânsito à denúncia que espelha o mesmo embasamento teórico e fático.” (2ª Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal n. 0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento de denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Marabá, 29 ago 2012)

“Aliás, a *imprescritibilidade* tratada no corpo da norma constitucional foi objeto de decisão pelo STF no julgamento da Extradicação no 974, de Relatoria do Ministro *Ricardo Lewandowski*, que deferiu o pedido formulado pelo Estado da Argentina para permitir o envio de agente acusado do delito de seqüestro de menor, sob o fundamento de que “*ainda que tenham passado mais de 38 (trinta e oito) anos do fato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por hora, de homicídio. Esses seqüestros podem, em tese, ainda subsistir. Portanto, estamos diante de um crime de caráter permanente.* [...]”

“A situação jurídica em ilustração é basicamente idêntica à tratada nos presentes autos, dado o fundamento para decidir.” (TRF3, ReSE 0004204.32.2012.4.03.6181, Acórdão Rel. Des. Fed. Otávio Peixoto Junior, São Paulo, 29 abr 2013-- trecho retirado do voto divergente do Des. Fed. Cotrim Guimarães)

Adicionalmente, algumas decisões judiciais refutaram o argumento, trazido por alguns dos acusados para afastar a caracterização dos fatos como sequestro, acerca da “certeza jurídica” da morte das vítimas, em razão do disposto pela Lei 9.140/1995. De acordo com o entendimento dos magistrados, a referida lei -- que elenca uma lista de vítimas da ditadura militar, consideradas mortas para efeitos legais -- possui índole meramente reparatória, não podendo ser usada para exonerar o Estado de suas obrigações em relação às vítimas.

"Não serve a ultrapassar esse ponto, alusivo à inexistência de declaração judicial de morte da suposta vítima em questão e, mais, à inexistência de vestígios desse óbito ou, até, declarações de que a tenham visto morta, nem mesmo a Lei n. 9.140/95, a teor da qual foram consideradas mortas para todos os efeitos legais as pessoas desaparecidas no interstício que menciona, conforme anexo no qual está o nome da vítima nominada nesta ação, uma vez que aquela lei, autorizando o requerimento de lavratura de assento do óbito, resguardou aos parentes dos desaparecidos o direito à dúvida [...]

“A propósito deste alcance, a exposição dos motivos que orientaram a edição daquele diploma é cristalina em restringi-los a efeitos de índole reparatória da lacuna gerada aos direitos fundamentais de titularidade de vítimas e familiares em função da atuação dos agentes estatais; não encerra certeza quanto ao óbito, ao contrário, atrela-se aquela declaração do art. 1º ao permissivo de obtenção do assentamento desse óbito, o que não seria ex officio, senão deveria ser requerido pelos familiares se assim entendessem. Como também se assim entendessem iniciariam processo de justificação para o reconhecimento daquele status, além de permitir ao Estado que fosse empreendidas buscas de localização de eventuais despojos [...]” (2ª Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal n. 0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento de denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Marabá, 29 ago 2012)

"Consigno, outrossim, que a Lei n.o 9.140, de 04/12/1995, não serve de empeço para a presente ação penal. O diploma legal, de caráter efetivamente humanitário, embora use em seu texto a expressão "para todos os efeitos legais" reconhece a morte presumida (artigo 3º e 12 da Lei n.o 9140/95) de pessoas desaparecidas em razão da participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 02/09/1961 a 15/09/1979, no âmbito civil, e não gera efeitos penais, em que se busca a verdade real, o texto veio à lume em benefício dos familiares das vítimas e dos próprios ofendidos, para que se facilitasse o pagamento a eles de indenizações, não se admitindo que possa agora ser utilizado, como bem assentou o Ministério Pùblico Federal, para exonerar o Estado de seu dever irrenunciável de assegurar proteção às vítimas, inclusive por meio do sistema processual criminal.” (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, Decisão de recebimento de denúncia, São Paulo, 23 out 2012)

Há também decisões judiciais que afastaram a possibilidade de prescrição das condutas narradas nas denúncias criminais referentes a casos de sequestro. Isto porque, ao

reconhecerem a natureza permanente deste delito, os magistrados afirmaram que o prazo prescricional somente se iniciaria após a cessação do mesmo, ou seja, no momento em que a vítima retornasse à liberdade.

"Sobre estar prescrita a pretensão punitiva quanto ao delito de seqüestro, há de ser considerado que a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr, nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência e, neste passo, curial é dizer que não haveria termo apto a, sendo considerado, desencadear o curso do lapso prescricional.

Com efeito, do julgamento das extradições julgadas perante o STF, em situações análogas à do presente feito, a ausência de termo a quo' da contagem foi ponto considerado lucidamente pelos e. Ministros da Corte; havendo desaparecimento com vida e ausentes vestígios de morte, a mera presunção de que esta tenha ocorrido não é hábil a disparar o "relógio do tempo" em desfavor do titular da ação penal, porquanto não se tem segurança quanto à ocorrência do óbito e, se dúvida mínima há, a idéia de sua ocorrência deve ser repelida neste momento." (2^a Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal n. 0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento de denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Marabá, 29 ago 2012)

"Anoto, de início, que o delito de seqüestro, previsto no artigo 148 do Código Penal é crime de natureza material e permanente, perfazendo-se enquanto perdurar a privação da liberdade da vítima. Como consequência, enquanto estiver sendo perpetrado não incide o início de prazo prescricional, nos precisos termos do artigo 111, III, do Código Penal." (9^a Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, Decisão de recebimento de denúncia, São Paulo, 23 out 2012)

A natureza permanente dos crimes de sequestro e de ocultação de cadáver foi, ainda, utilizada como fundamento para se afastar a aplicação da Lei de Anistia. De acordo com alguns magistrados, em tais casos, as condutas narradas nas denúncias extrapolaram o marco temporal da anistia (02/05/1961 a 15/08/1979), concedida pela Lei de Anistia de 1979, uma vez que, por serem permanentes, as mesmas ainda não cessaram, prolongando-se no tempo.

"Se, não se trata de algo passado, se a conduta ilícita em questão perdura, inclusive para além dos marcos temporais expressamente dispostos no artigo 111 da lei antes referida, se o agente não a cometeu, mas antes a está cometendo ou a cometeu até momento posterior ao período fixado na lei, imperioso concluir que a anistia a ela não se aplica, porque não se pode esquecer algo que veio a se prostrar além dos marcos do perdão ou, mesmo, ainda estando ocorrendo ou perdoar algo que renitentemente insiste em se atritar com a ordem jurídica e a vilipendiar os direitos da vítima e daqueles que com ela tenham laços." (2^a Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal 0006232-77.2012.4.01.3901, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Nair Cristina C. P. de Castro, Marabá, 29 ago de 2012)

"Isto posto, impende observar que uma das características da transição política do Brasil, diferentemente de outras experiências continentais, é a ausência de punição dos agentes estatais envolvidos nos excessos

perpetrados durante o período de repressão política vez que delitos como homicídios e lesões corporais, entre outros, foram albergados pela chamada Lei da Anistia (Lei n.º 6.683/79), aliás, considerada constitucional pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 153/DF) promovida pelo Conselho Federal da OAB. No entanto, levando em conta a natureza do delito de seqüestro que se protraí no tempo e se prolonga até hoje, somente cessando quanto a vítima for libertada, se estiver viva, ou seus restos mortais for encontrado, não se aplicado, pois, aqui as disposições da chamada Lei da Anistia, concedida àqueles que no período de 02/05/1961 a 15/08/1979 perpetraram crimes político ou conexos a estes." (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, Decisão de recebimento de denúncia, São Paulo, 23 out 2012)

"No presente caso, resta evidente que foram adotados procedimentos para ocultar os cadáveres de MARIA AUGUSTA THOMAZ e MÁRIO BECK MACHADO. Assim, a princípio não encontrados até hoje os restos mortais, não há que se falar na aplicação da lei de Anistia (lei 6.683/79), que somente abrange delitos cometidos no lapso temporal compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Demais disso, no caso em tela, objeto da denúncia perante o Juízo Federal da Subseção de Rio Verde/GO, há contornos diversos do precedente originário do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nesse aspecto, o Ministério Público Federal narra mudança do local da ocultação dos cadáveres em 31 de julho de 1980, vale dizer, após a vigência da lei n.º 683/79, o que reforça a inviabilidade de rejeição da denúncia sob o fundamento de ocorrência de anistia." (Vara única de Rio Verde/GO, Ação Penal n. 0003088-91.2013.4.01.3503, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal José Mauro Barbosa, Rio Verde, 26 ago 2014)

Cabe ressaltar que, no âmbito de recursos interpostos nos tribunais superiores, o debate sobre a incidência ou não de anistia em casos de crimes permanentes resta em aberto. De acordo com o entendimento do STJ e de ministros do STF, encontra-se ainda pendente de julgamento pelo plenário do STF, nos autos das ADPF 153 e 320, a decisão sobre a abrangência do crime de sequestro pela Lei de Anistia.

"Ao exame dos autos, verifico que o mérito da presente reclamação – se o crime de sequestro está abrangido ou não pela Lei de Anistia – está pendente de julgamento pelo Plenário desta Suprema Corte, nos autos da ADPF 153-EDcl/DF e da ADPF 320/DF, ambos de relatoria do Ministro Luiz Fux.[...]

"Ressalto, ademais, que as decisões a serem exaradas nas arguições de descumprimento de preceito fundamental repercutirão diretamente no deslinde da ação penal de origem, porquanto, na dicção do art. 10, § 3º, da Lei 9.882/1999, possuem '*eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público*'." (Ação Penal 0011580-69.2012.4.03.6181, STF, Reclamação Constitucional n. 22.616/SP, Decisão monocrática Ministra Rosa Weber, Brasília, 17 mar 2016)

"Hipótese em que a instância de origem incorreu em omissão quanto ao exame do caráter permanente do crime imputado ao réu, deixando de

analisar a questão tanto para efeito de incidência da Lei da Anistia como para reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, pois embora se tenha feito ligeira referência à "engenhosa tese do crime permanente", não discutiu o tema sustentado pelo Ministério Público.

"Os crimes de sequestro e cárcere privado, de fato, possuem natureza jurídica de delito permanente, cujo momento consumativo, iniciado com o arrebatamento da vítima, se prolonga no tempo e perdura até o momento em que a vítima recupera a sua liberdade. Precedentes.

"Revela-se omissão o acórdão que não examinou a questão relativa à natureza permanente do crime imputado ao acusado [...]" (Ação Penal 0001162-79.2012.4.01.3901 / 00062321-92.2012.4.01.3901, STJ, Recurso Especial n. 1.557.916/PA, Acórdão, Rel. Ministro Jorge Mussi, Brasília, 13 nov 2018)

3.4.2. Argumentos utilizados pelo Poder Judiciário para rejeitar a tese segundo a qual os crimes de sequestro de pessoas e/ou ocultação de cadáver não são passíveis de anistia

Algumas das decisões judiciais mapeadas sustentaram não ser possível caracterizar os fatos narrados nas denúncias como sequestro de pessoas, afastando, portanto, a natureza permanente dos mesmos. Destacando a suposta fragilidade dos argumentos do MPF, os magistrados defenderam que, em razão do longo transcurso do tempo, as vítimas dos casos haviam sido certamente mortas, devendo-se falar em homicídio e não em sequestro. A caracterização dos fatos como sequestro e/ou ocultação de cadáver, ao invés de homicídio e/ou maus tratos foi considerada, por alguns magistrados, como uma tentativa indevida por parte do MPF de realizar o julgamento de crimes da ditadura militar a qualquer custo.

"No presente caso, a vítima está desaparecida há mais de quarenta anos. Mesmo após o término do regime de exceção não reapareceu. Aplicando-se as regras de experiência e de bom senso, há apenas uma conclusão possível: a vítima está morta. Caberia ao Ministério Pùblico Federal o ônus de provar que, contrariando todas as expectativas lógicas, Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, aos noventa anos, estaria vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados. Tal certeza - morte da vítima - seria possível, acredito, independentemente da existência de declaração judicial, dada a realidade subjacente.[...]

"Diz o Ministério Pùblico Federal que não se pode abortar a persecução penal lançando-se mão desta odiosa presunção de morte. Na verdade odioso é, não obstante todas as evidências dizerem que a vítima está morta, não obstante haver lei com tal teor, fechar os olhos para a realidade e com fundamento em uma tese que não se sustenta, tentar reabrir, via transversa, assunto já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Odioso é achar que os fins justificam os meios e tentar por meio de subterfúgios, sem enfrentar a questão de maneira direta, desconsiderar decisão proferida pela Corte

Constitucional em processo concentrado de controle de constitucionalidade.[...]

“Nesta senda, para se acolher a tese ministerial, ter-se-ia que admitir duas situações absurdas, a saber, que a vítima Aluízio Palhano Pedreira ainda está privada de sua liberdade em decorrência de perseguição política desde a época da ditadura militar e que os recorridos detêm o poder de fazer cessar a conduta que lhes é imputada.[...]

“Concluo, enfim, não ser possível fática e juridicamente, desde a edição da lei de anistia - em 1979 - ou, ao menos, da eleição do primeiro presidente civil após a ditadura militar - em 1985, cogitar de delito cuja consumação ainda se protrai.” (10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, 29 mai 2012)

“Mas o fato é que a lei da anistia tornou juridicamente impossível a persecução penal em exame, sem falar que os fundamentos da decisão, que, em juízo de retratação, recebeu a denúncia, têm base em premissas cuja lógica é apenas teórica e conceitual, sem uma efetiva conexão com os fatos do processo, com a devida licença.” (Ação Penal 0001162-79.2012.4.01.3901 / 00062321-92.2012.4.01.3901, TRF1, Habeas Corpus n. 68063-92.2012.4.01.0000/PA, Acórdão, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, 18 nov 2013)

“Houve uma indevida inversão pelo Ministério Público Federal quando atribui relevância ao sequestro (à privação da liberdade) em detrimento dos maus tratos (à tortura). Tal inversão foi deliberada, objetivando adequar a conduta a um crime de natureza permanente, de forma a evitar o fenômeno da prescrição e a eficácia da Lei da Anistia. A exaustiva narrativa dos maus tratos sofridos por MÁRIO ALVES enquanto esteve nas dependências do DOI-CODI/RJ não pode ser capitulada como mera causa qualificadora de crime de sequestro, mas como o verdadeiro mote de agir para a privação da liberdade.[...]

“Todos os indícios, contudo, indicam que MÁRIO ALVES, apesar de ter sobrevivido ao primeiro dia de tortura, não resistiu aos ferimentos. Rememore-se que a prova do evento morte não se faz apenas com certidão de óbito ou exames cadavéricos. A morte, como qualquer outro evento do ciclo de vida, pode ser provada, para fins penais, por indícios. (...) ainda que se admitisse a capitulação inicial de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa do exaurimento do crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição (...)” (2ª Vara Federal Criminal/RJ, Ação Penal n. 0801434-65.2013.4.02.5101, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, Rio de Janeiro, 5 jun 2013)” (2ª Vara Federal Criminal/RJ, Ação Penal n. 0801434-65.2013.4.02.5101, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, Rio de Janeiro, 5 jun 2013)

"Apesar da nova roupagem dada aos fatos pelo MPF, enquadrando os fatos narrados no crime de sequestro, portanto de caráter permanente, a investigação histórica sobre os crimes da ditadura militar já tem razoável certeza de que as vítimas estão mortas, por isso os esforços empreendidos na busca e localização de corpos. Além disso, não houve apresentação de nenhum indício de que as vítimas estariam ainda em cárcere privado até o momento atual, após mais de trinta anos, o que desafia a lógica.

"Ainda que se admita o delito de sequestro, diante do contexto dos fatos narrados, haveria de se presumir a morte, e portanto já haveria decorrido o prazo prescricional. Ademais, os desaparecidos políticos do regime militar foram considerados como mortos para todos os fins legais de acordo com a Lei n. 9.140/95, data que seria considerada o termo inicial para o início do prazo prescricional." (2^a Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal n. 0001162- 79.2012.4.01.3901, Decisão de rejeição liminar da denúncia, Juiz Federal João César Otoni de Matos, Marabá, 16 mar 2012)

Há decisões que afirmaram, ainda, que a discussão sobre se as vítimas poderiam ou não estar vivas, para fins de qualificação dos fatos como sequestro, já estava superada no âmbito jurídico em razão da edição da Lei 9.140/95, responsável por reconhecer a morte de pessoas desaparecidas durante a ditadura militar brasileira.

"Esta discussão, todavia, é irrelevante, pois, não obstante não haja notícia de declaração judicial de morte presumida, há lei com tal teor. Com efeito, foi promulgada a Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979." (10^a Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, 29 mai 2012)

"Não poderia MÁRIO ALVES ser reconhecido vivo para fins penais e, ao mesmo tempo, morto para fins de responsabilização civil do Estado e pagamento de indenização à família. Além de contraditórios os pressupostos, colocariam sob questionamento a própria validade dos pagamentos efetuados, além de trazer indesejável insegurança ao Ordenamento Jurídico.

"Ora, não me parece razoável afirmar que o intuito do legislador tenha sido o reconhecimento da morte dos militantes apenas para fins de responsabilização civil do Estado. A expressão 'para todos os efeitos legais' a meu sentir deve ser aplicada também na esfera penal, sobretudo porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência." (TRF2, Ação Penal n. 0801434-65.2013.4.02.5101, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 30 out 2013)

No que diz respeito aos julgamentos de Extradução pelo STF, encontramos decisões judiciais que defenderam não serem tais precedentes aplicáveis aos casos em análise. Isto

porque, de acordo com os magistrados, os casos de extradição julgados pelo STF tratavam de hipótese distinta daquela trazida pelo MPF, posto que envolviam sequestro de menores. Argumentaram, ainda, que os julgamentos do STF tiveram muitas divergências entre os ministros, o que supostamente tiraria a força das decisões. Por fim, sustentaram que, no julgamento de extradições, o campo de análise dos elementos do crime é limitado, não podendo ser aplicado em denúncias criminais.

"Impende ressaltar que a hipótese que estava em apreciação quando do julgamento da Extradição no 974 era diferente da que ora se apresenta, envolvendo sequestro de menores. Ademais, o voto do Ministro Cezar Peluso deve ser interpretado dentro de um contexto de razoabilidade e tendo em vista o caso concreto. No caso em apreço, teríamos que aceitar estar a vítima em cárcere há mais de quarenta anos e ainda viva, mesmo aos noventa anos de idade!" (ALUIZIO)

"Com relação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal mencionados pelo recorrente (Extradição 974-0 e Extradição 1.150) para respaldar sua tese, são necessárias algumas considerações. [...]

"São julgados do Supremo Tribunal Federal versando fatos na teoria apresentando pontos de comunicação com os dos presentes autos, aqui e alhures tratando-se de crimes imputados a regimes militares, praticados nas décadas de 1960 e 1970. Ocorre de não haver unanimidade de pensamento, muita discussão e divergências havendo e também não se podendo descurar que os casos analisados pelo Pretório Excelso o foram em processos de extradição, destarte versando delitos praticados em local regido por outro ordenamento jurídico." (TRF3, Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Otavio Peixoto Junior, São Paulo, 29 abr 2013)

"A tese não merece acolhida. Em primeiro lugar, porque, conforme já se ressaltou linhas acima, há prova (inclusive declarada judicialmente) da morte de MÁRIO ALVES. Em segundo lugar, porque o campo de cognição para o julgamento de pedidos de extradição é limitado, conforme salientado pela Ministra CARMEN LÚCIA ao julgar o Pedido de Extradição 1150, não lhe cabendo analisar perfunctoriamente os elementos dos crimes, inclusive a permanência." (2^a Vara Federal Criminal/RJ, Ação Penal n. 0801434-65.2013.4.02.5101, Decisão de rejeição da Denúncia, Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, Rio de Janeiro, 5 jun 2013)

"Como nos pedidos de extradição o contexto probatório não é examinado, é inviável que os entendimentos ali firmados sirvam de parâmetro para decisões judiciais em que os elementos de prova devem ser obrigatoriamente analisados, cumprindo frisar, ainda, que tais julgados não tem força vinculante para os demais órgãos jurisdicionais." (TRF2, Ação Penal n. 0801434-65.2013.4.02.5101, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 30 out 2013)

Em relação ao instituto da prescrição, algumas decisões judiciais defenderam que as condutas narradas nas denúncias já estariam prescritas, posto não ser possível qualificá-las como sequestro.

"Seja qual for o termo inicial considerado, o delito já está prescrito. Considerando-se o pior dos cenários, ou seja, ter perdurado o sequestro até o mês de dezembro de 1995, ainda assim teria ocorrido a prescrição, uma vez que a pena máxima do sequestro é de oito anos com lapso prescricional, em abstrato, de doze anos (CP, art. 148, 2º e 109, III)." (10ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP, Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, São Paulo, 29 mai 2012)

"E quanto à hipótese de homicídio, este por óbvio somente poderia ter sido cometido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais excogitar de privação da liberdade, a saber, a edição da lei de anistia ou, no máximo, a eleição do primeiro presidente civil na Nova República, razão pela qual a conclusão também seria pela ocorrência da prescrição. [...]

"Neste quadro, qualquer que fosse a capitulação do delito já haveria transcorrido o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos)." (TRF3, Ação Penal n. 0004204.32.2012.4.03.6181, Acórdão de Recurso em Sentido Estrito, Rel. Des. Fed. Otavio Peixoto Junior, Rio de Janeiro, 29 abr 2013)

Por fim, cabe ressaltar que, nos casos que tratavam do crime de ocultação de cadáver, encontramos decisões judiciais que refutaram o caráter permanente de tal crime, defendendo a consequente incidência da Lei de Anistia. Os magistrados consideraram não ter havido fatos novos após a ocultação do cadáver, perpetrada no contexto da ditadura, estando a conduta, portanto, abarcada pela anistia.

"Subsidiariamente, a qualidade da permanência delitiva do crime do art. 211 do CP não é unanimidade doutrinária. Magalhães Noronha, talvez um dos maiores nomes do direito penal brasileiro, muito bem pontua que o delito de ocultação de cadáver se completa com o desaparecimento do cadáver: "Na terceira modalidade – ocultação – o crime completa-se tão logo haja o desaparecimento do cadáver". Não há na denúncia apresentada pelo MPF, qualquer descrição de novas condutas pelos réus, após agosto de 1979, no intuito de concretizarem novas ocultações dos cadáveres das vítimas, mas apenas a permanência do resultado das condutas de outrora, já desriminalizadas pela anistia da Lei 6.683/79.[...]

Isto é, mesmo que se fragmente a conduta de ocultação de cadáver pela linha do tempo, não há melhor sorte ao órgão Acusador. É que as ações de ocultar, ocorridas nos idos de 1970, tiveram sua tipicidade subtraída pelos efeitos concretos da lei de anistia, remanescendo apenas o resultado da ocultação, mas que perdem a qualidade de ato criminoso, pois passam a ser um resultado sem uma causa típica – sem uma ação ou omissão criminosa." (1ª Vara Federal de Marabá/PA, Ação Penal n. 0000342-55.2015.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia do MPF, Juiz Federal Marcelo Honorato, Marabá, 17 mar 2015)

"Não constato a existência desses pressupostos no caso presente. Pelo que se infere da denúncia, o corpo da vítima foi ocultado em setembro de 1975. A participação do acusado nesses fatos deu-se então, daí surgindo a pretensão punitiva. Esta foi extinta (anistia) e, para que surgisse novamente nova pretensão punitiva, cumpria ser indicada a prática de atos comissivos perpetrados pelos acusados posteriormente à anistia e que de algum modo

contribuíssem para o resultado (integrassem o nexo causal). Quanto a esse aspecto, a própria denúncia implicitamente reconhece tratar-se de delito comissivo. [...]

“Embora a denúncia faça sucessivas referências à não-localização do corpo da vítima, malgrado os esforços dos parentes e do próprio Ministério Público Federal, que para essa finalidade instaurou inquérito civil público, o fato é que não chega a descrever de que modo a atual conduta dos réus contribui para esse resultado. Pode-se supor que eventualmente os réus tivessem conhecimento do local em que estariam os restos mortais da vítima. Tal não é contudo afirmado e, pelo contexto da denúncia, não haveria como se fundamentar uma afirmação dessa natureza.” (TRF2, Ação Penal n. 0015754-19.2015.4.03.6181, ReSE, Acórdão, Rel. Des. Fed. André Nekatschalow, São Paulo, 16 dez 2016)

3.5. O Poder Judiciário deve (ou não deve) realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia.

Em um número significativo de casos⁶⁴, encontramos o debate acerca do dever (ou não) do Poder Judiciário nacional de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia. À luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial da jurisprudência da Corte IDH, entende-se, por controle de convencionalidade, o dever do Estado (de todos os seus órgãos, inclusive os juízes) de zelar para que os efeitos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), da qual o Brasil é signatário, “não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim”. Daí decorre, no entendimento da Corte IDH, a obrigação de todos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os níveis, de exercerem *ex officio* o controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH. Nessa tarefa, de forma análoga ao controle de constitucionalidade, cabe aos juízes nacionais, respeitadas as suas competências, analisar a compatibilidade das leis internas com a CADH, levando necessariamente em consideração a interpretação realizada pela Corte IDH sobre o assunto em questão⁶⁵.

Em duas decisões contra o Brasil (Caso Araguaia e Caso Herzog), a Corte IDH já se manifestou no sentido de que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a

⁶⁴ Das 48 ações penais, cujas denúncias foram recebidas ou rejeitadas (lembrando que há 3 denúncias que ainda não obtivemos informação sobre o recebimento ou rejeição da mesma), é possível afirmar que, ao menos, 39 casos abordam a tese sobre a necessidade (ou não) de realização do controle de convencionalidade da Lei de Anistia pelo Poder Judiciário nacional (vide anexo I). Não temos, contudo, levantamento quantitativo sobre a incidência desta tese em cada decisão judicial, proferida nos autos das ações penais mapeadas.

⁶⁵ Vide: CORTE IDH. Gelman vs. Uruguai. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, para. 193; CORTE IDH. Almonacid Arellano e outros vs Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 124; CORTE IDH. Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia). Sentença de 24 de novembro de 2010, par. 176

investigação e sanção das graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a CADH, carecendo de efeitos jurídicos. O referido tribunal internacional, cuja competência foi ratificada pelo Brasil em 1998, ainda determinou que cabe ao Estado brasileiro afastar a incidência da anistia, a fim de conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos ocorridos no período ditatorial. O posicionamento majoritário do Poder Judiciário nacional, contudo, diverge do entendimento da Corte IDH.

Cumpre destacar, sobre esse ponto, que o STF, na ADPF 153, reconheceu a recepção da Lei de Anistia pela CF de 1988, declarando a validade de tal diploma normativo em nosso ordenamento jurídico. A referida decisão do STF, proferida em abril de 2010, portanto meses antes da sentença da Corte IDH no caso Araguaia, ainda é passível de revisão, frente à interposição de recurso de embargos de declaração (pendente há quase 10 anos). Não obstante, como exposto anteriormente⁶⁶, para a maioria dos magistrados, a decisão já produz efeitos *erga omnes* e vinculante no âmbito judicial interno. Ademais, em 2014, o STF foi novamente provocado quanto à interpretação do alcance da Lei de Anistia, através da ADPF 320, ainda pendente de julgamento, que pleiteia que a referida lei não seja aplicada às graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, militares ou civis e, de modo especial, que tal lei não seja aplicada aos autores de crimes continuados ou permanentes, tendo em vista que os efeitos desse diploma legal expiraram em 15 de agosto de 1979. Trata-se, portanto, de um debate central que permanece ainda em aberto no Poder Judiciário brasileiro.

Diante de tal aparente conflito entre as ordens jurídicas nacional e internacional, entre o STF e a Corte IDH, a jurisprudência majoritária, mapeada por esta pesquisa, defende não caber aos magistrados nacionais realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira, sobretudo por questões de “segurança jurídica” e de respeito à decisão do STF na ADPF 153.

“A questão que se coloca agora é outra: a conveniência em proceder a uma revisão judicial de um pacto político de anistia, considerando a segurança jurídica e os limites de atuação do Poder Judiciário, bem como a inexistência, àquele tempo, de norma internacional impeditiva incorporada formalmente ao ordenamento jurídico nacional. [...]”

“Não é outra solução que se pode deferir ao controle de convencionalidade proposto pelo Parquet como fundamento para afastar a validade da Lei de Anistia de 1979. Isto é, não cabe ao Poder Judiciário dar uma nova roupagem à lei de anistia – norma constitucional, mesmo sob o escopo do direito internacional não interiorizado ou posterior, por se tratar de um ato político,

⁶⁶ Ver subseção 3.3., item iv, “Efeito vinculante da ADPF 153”.

fruto de uma composição histórica e sancionado pelo órgão competente, o Congresso Nacional. Ao meu sentir, a tarefa imposta ao Poder Judiciário é justamente inversa - salvaguardar aquilo que decidido pelos órgãos políticos, privilegiando o princípio da confiança, a força obrigatória dos pactos, a paz social, enfim, a segurança jurídica, na medida em que o instituto da anistia acaba por ser protegido, instrumento hábil para solucionar futuras crises políticas, poupando vidas humanas. É certo que a legislação internacional tem limitado o emprego da anistia a determinados crimes, diminuindo o espectro de perdão estatal, até mesmo para que as regras do direito internacional, como aquelas relacionadas aos conflitos armados, tenham maior poder cogente e se evitem as barbáries de guerra. Todavia, essas inovações normativas são inaplicáveis a pactos anteriores, não somente por obediência à segurança jurídica, mas por absoluta impossibilidade lógica e axiológica” (1^a Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000417-55.2019.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 18 de dezembro de 2019)

“Ocorre que, uma vez feito o controle de constitucionalidade da norma, não há mais qualquer sentido em se fazer o alegado ‘controle de convencionalidade’. Nas ações diretas de constitucionalidade, de que é exemplo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a causa de pedir é aberta. Assim, não há que se argumentar que o STF ‘não se pronunciou a respeito da compatibilidade da anistia concedida com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro’” (1^a Vara Federal de Petrópolis, Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Alcir Luiz Lopes Coelho, Rio de Janeiro, 6 de março de 2017)

“Dentre os diversos princípios que regem o Direito Internacional Público, vale mencionar o da independência nacional, que se reflete na soberania em sentido amplo, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos Estados, o da igualdade de Estados, o da prevalência da paz, o da busca da solução consensual para os conflitos, da cooperação entre os povos, entre outros. [...] Tais princípios não se aplicam isoladamente, sobrepondo-se uns aos outros, como se estivessem numa ordem de prioridades; devem, com efeito, ser aplicados mediante uma interpretação que proporcione alcançar objetivos mais amplos (como por exemplo, o estabelecimento da paz mundial), compatibilizando-os em direção a propósitos superiores” [...] Sendo assim, descabe cogitar a aplicação retroativa das disposições e diretivas de direito internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79. Defender tal entendimento contraria, sim e frontalmente, o dispositivo de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153).” (1^a Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação Penal 5001469-57.2020.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 04 de maio de 2020)

“Cabe ressaltar que a irretroatividade da lei penal mais gravosa, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito além de serem direitos e garantias constitucionais, estão inseridos entre as cláusulas pétreas da constituição que visam a dar segurança jurídica ao nosso ordenamento, com o

status superior aos tratados internacionais de direitos humanos que não foram internalizados com votação de quórum específico de emenda constitucional.[...]

“Desse modo, entendo que a questão referente à possibilidade de tratado internacional posterior à Lei da Anistia vedar a prescritibilidade ou a própria anistia a fatos anteriores a sua internalização pela República Federativa do Brasil, já foi resolvida no âmbito da ADPF n. 153.” (Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, STJ, Quinta Turma, RO em HC, Acórdão, Relator Ministro Gurgel de Faria, 30 de março de 2015)

Algumas decisões minoritárias, contudo, defendem o contrário. Afirmam que o dever dos órgãos judiciários de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia permanece mesmo após o julgamento pelo STF da ADPF 153, posto ser esse um mecanismo diverso e complementar ao exame de constitucionalidade das leis.

“7.A constitucionalidade da Lei 6.683/79, afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, não impede a realização do controle de convencionalidade da Lei de Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos.

“8.A constitucionalidade de uma norma não implica, necessariamente, na sua convencionalidade, eis que os chamados ‘Controle de Constitucionalidade’ e ‘Controle de Convencionalidade’ são mecanismos diversos de aferição da compatibilidade de uma lei com norma de hierarquia superior, com parâmetros distintos.” (TRF-2, 1^a Turma, ReSE 0170716-17.2016.4.02.5106, Acórdão, Relator Des. Fed. Paulo Espírito Santo, Rio de Janeiro, 14 de agosto de 2019)

“Adentrando agora no juízo de validade que deve ser feito à Lei de Anistia tendo como base os tratados internacionais de direitos humanos e partindo da premissa anteriormente estatuída de que referidos atos normativos possuem atualmente *status* de normas suprategais (entendimento sufragado pelo C. Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos RE's 466.343 e 349.703), nota-se a ausência de compatibilidade da Lei no 6.683/1979 com diversas convenções afetas ao tema de direitos humanos, o que chancela sua inconvencionalidade no âmbito de aferição que tem por pressuposto a nova conformação da pirâmide normativa kelseniana.” (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0015358-42.2015.4.03.6181, Relator Des. Fed. Fausto de Sanctis, trecho extraído do voto vencido do Des. Fed. Fausto de Sanctis)

“Contudo, mesmo que se considere que a referida lei foi recepcionada pela CF/88 – em acatamento à decisão erga omnes e vinculante proferida pelo Pretório Excelso na ADPF 153 –, certamente não é convencional, isto é, está em flagrante dissonância com tratados e convenções de Direitos Humanos que o Brasil se submeteu na ordem externa, costumes internacionais e normas *jus cogens*. O controle de convencionalidade pode ser entendido como o juízo de compatibilidade/adequação realizado entre duas normas jurídicas, sendo a norma parâmetro não a Constituição do Estado Soberano, mas sim os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos, os costumes

internacionais e outros atos normativos “internacionais” que compõem o chamado “bloco de convencionalidade”. [...]

“Apesar de não ser possível falar num verdadeiro “conflito” entre uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal e outra da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é necessário que os tribunais domésticos e Cortes Internacionais caminhem lado a lado, de modo que a proteção internacional dos direitos humanos se perfectibilize da melhor maneira possível. Pautada nesta necessária dupla compatibilidade da norma interna, a doutrina desenvolveu a “teoria do duplo controle” (ou duplo crivo) dos direitos humanos para tentar solucionar a divergência entre a jurisprudência nacional e a internacional. Segundo ela, os direitos humanos possuem no Brasil uma dupla garantia: i) o controle abstrato de constitucionalidade, exercido pelo Supremo Tribunal Federal; e ii) o controle de convencionalidade autêntico, exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. [...]

“Individioso, portanto, que a constitucionalidade de uma norma não implica, necessariamente, na sua convencionalidade, uma vez que “os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional” (RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 410).”(2ª Vara Federal Criminal de Campos dos Goytacazes, Ação Penal 5005036-93.2019.4.02-5103, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Substituta Flávia Rocha Garcia, Rio de Janeiro, 18 nov. de 2019)

A fim de melhor compreender esta quinta tese jurídica, dividimos a exposição em três blocos de argumentos encontrados nas decisões judiciais, versando: (i) sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos (em especial, sobre a hierarquia da CADH frente à CF/88); (ii) sobre a suposta hierarquia entre o STF e a Corte IDH; (iii) sobre o caráter vinculativo ou não das decisões da Corte IDH. Cumpre ressaltar que o tema do controle de convencionalidade não aparece de modo uniforme nas diferentes decisões judiciais analisadas. Alguns juízes se utilizam categoricamente desta expressão, enquanto outros não a mencionam, embora abordem os temas em questão.

3.5.1. Sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos (em especial, sobre a hierarquia da CADH frente à CF/88)

Algumas das decisões judiciais analisadas utilizaram-se da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos, em nosso ordenamento jurídico, para justificarem a realização (ou não) do controle de convencionalidade da Lei de Anistia, pelos órgãos do Poder Judiciário nacional. Para consubstanciar tais argumentos, foram mobilizadas

as expressões do constituinte nos parágrafos §2º e §3º do art. 5º da CF⁶⁷, bem como o entendimento adotado pelo STF sobre o tema. O referido tribunal conferiu, no julgamento do RE 466.343/SP⁶⁸, *status* de norma supralegal (e, portanto, infraconstitucional) para os tratados internacionais de direitos humanos incluídos antes da EC 45/2004, e não internalizados em conformidade com o rito estabelecido pelo novo parágrafo art. 5º, sendo esse o caso da CADH.

Baseada na supralegalidade dos tratados de direitos humanos, em especial da CADH, a jurisprudência majoritária defende que o *status* constitucional da anistia, concedida pela Lei de Anistia e reafirmada pela EC n. 26/85, afastaria a possibilidade de realização do controle de convencionalidade. Ainda que a CADH possua o *status* de norma supralegal, entende-se que as normas constitucionais -- como é considerada, por alguns, a Lei de Anistia -- continuam gozando de privilégio sobre as demais normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo os magistrados, mesmo se a CADH fosse considerada norma de *status* constitucional, ainda assim, não poderia preponderar sobre a Lei de Anistia, em razão do princípio da irretroatividade de norma mais gravosa (ou seja, a CADH não poderia retroagir para revogar a anistia).

“Nesse sentido, passando a ostentar *status* de norma constitucional, a anistia da EC 26/85 também produz efeitos concretos, mas agora sob as nuances de norma suprema, como constitucional-medida. Esse efeito se mostra importante, pois quando cotejada a anistia de 1979 e a de 1985 em face de diplomas internacionais de direitos humanos, não recepcionados pelas regras do §3º, art. 5º da Constituição Federal de 1988, portanto com *status* de norma *supralegal* (RE 349703, Relator: Min. Carlos Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008), facilmente se conclui quanto à precedência normativa da anistia já que a norma constitucional prepondera diante de normas *supralegais*.

⁶⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁶⁸ EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7º, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito (STF, Recurso Extraordinário 466.343/SP, Acórdão, Min. Rel. Cezar Peluso, Brasília, 3 dez. 2008).

“Mesmo que se considere que os tratados de direitos humanos recepcionados como norma-irmã das normas constitucionais, por força do §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, tese essa não esposada pelo Supremo Tribunal Federal, não há outro caminho senão considerar que a anistia da EC 26/85 se mantém incólume, em obediência ao postulado integrados de normas constitucionais, defendido por Canotilho, que inadmite que uma norma constitucional esvazie por completo outra norma constitucional de igual envergadura, exceto nos casos em que exista expressa previsão constitucional, o que não ocorre com a anistia de 1979.

“Se, ainda assim, desconsiderar-se o status de norma constitucional que a EC 26/85 imprimiu à anistia de 1979, os efeitos abolicionistas da referida anistia igualmente se perpetuam, pois decorrentes de lei-medida, logo com produção de efeitos imediatos, sem que tratados de direitos humanos posteriores possam retroagir para derrogar tal benesse, em respeito à impossibilidade, no direito brasileiro, de retroatividade de lei mais gravosa.

Se os tratados de direitos humanos forem anteriores à Lei da Anistia, igualmente não há melhor sorte, pois a Constituição Federal de 1969 não trazia qualquer previsão de elevação dos tratados de direitos humanos, recepcionados pelo processo legislativo interno, ao nível de norma constitucional ou mesmo *supralegal*. Portanto, haverá simples conflito entre normas ordinárias, que é resolvido pelo princípio da especialidade e temporalidade (RE 80004, Relator: Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977). *In casu*, conclui-se pela clara prevalência da Lei de Anistia de 1979, que se mostra como norma especial e posterior aos eventuais tratados de direitos humanos recepcionados antes de 1979.

O último cenário é o conflito entre a anistia de 1979, agora considerada como simples norma ordinária (logo, sem status constitucional pela EC 26/85), e tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pela ordem jurídica interna após 1988, quer seja como norma constitucional (§2º do art. 5º da CF/88) ou norma supralegal (§3º do art. 5º da CF/88). Ocorre que, mais uma vez, esse controle de convencionalidade esbarra na garantia fundamental de irretroatividade da lei penal mais grave, especialmente para desconstituir efeitos concretos e imediatos de uma lei-medida exaurida (...).

“Relevante registrar que mesmo normas constitucionais novas são incapazes de produzirem efeitos retroativos absolutos, até porque a Suprema Corte Brasileira tem entendimento de que as novas normas constitucionais possuem eficácia retroativa mínima (ex nunc), ou seja, afetam apenas os efeitos de fatos consumados anteriores, isto é, prestações futuras, jamais fatos consumados, com exceção da lei penal benéfica, que poderá atuar retroativamente (RTJ 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello).

“Neste sentido, não há qualquer possibilidade de uma sentença internacional rescindir ou obstar os efeitos de uma anistia concedida anteriormente, ainda mais se o diploma em que se assenta a Corte emanadora da decisão judicial internacional foi recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional posteriormente aos efeitos da citada anistia, no caso, em 1992, quando o tratado de direitos humanos do sistema interamericano obteve status de lei, ou seja, treze anos após a consumação e exaurimento dos efeitos concretos provenientes da anistia da Lei 6.683/79.” (1ª Vara Federal de Marabá, Ação Penal 0000342-55.2015.4.01.3901, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Marcelo Honorato, Pará, 17 mar. 2015)⁶⁹.

⁶⁹ Os argumentos aqui apresentados são reproduzidos para rejeitar as denúncias apresentadas nas ações penais 0000208-86.2019.4.01.3901 e 0000417-55.2019.4.01.3901.

"Por outro lado, acolher a promoção ministerial e receber a denúncia também implicaria retroagir no tempo para atingir o passado, já que à época dos fatos o Brasil ainda não estava vinculado às invocadas disposições e diretivas de direito internacional público. Com efeito, a ordem jurídica interna brasileira prestigia, entre outros princípios de caráter geral, o denominado *tempus regit actum*. Tal princípio é igualmente caro ao direito brasileiro e tem diversas derivações, reflexos e correlações na ordem interna. Lembre-se, pois, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da ultratividade de lei penal mais benéfica, da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, entre outros. É certo, pois, que o direito, internacional ou interno, deve sempre operar em prol da segurança jurídica, que confere estabilidade e clareza de regras às relações jurídicas, sociais e internacionais. Qualquer alteração expressiva de rota que seja estabelecida, em relação ao que está sepultado no passado, deve ser vista com extrema cautela, sob pena de prestigiar justamente aquilo que o direito deve proscrever, a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade e imprevisibilidade das relações jurídicas, sociais e internacionais. Não se nega a relevância das disposições e diretivas de direito internacional, invocadas pelo órgão ministerial; de fato, a partir de sua inserção no sistema jurídico interno, devem ser obedecidas, mas direcionadas às situações que ocorrerem após esse marco; ou seja: destinam-se a salvaguardar o futuro com base naquilo que se verificou no passado e que se quer evitar." (1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 3 de agosto de 2018)

"A meu ver, a concessão da ordem de habeas corpus de ofício no caso em tela, para determinar o trancamento da ação penal e reconhecer a incidência da Lei de anistia, não contraria as obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro ao aderir ao Pacto de San José da Costa Rica, mas apenas afirma a constitucionalidade da legislação pátria no que diz respeito à aplicação da lei penal no tempo, a irretroatividade da lei penal mais gravosa e a sua incorporação ao texto constitucional.[...]

"A Constituição Federal – CF estabelece em seu art. 5º, inciso XXXVI, que a 'a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada' e, no inciso XL, que 'a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu' e, ainda, em seu inciso XLIII que 'lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem'" (Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, STJ, Quinta Turma, RO em HC, Acórdão, Relator Ministro Gurgel de Faria, 30 de março de 2015)

Algumas decisões, por sua vez, destacaram que os tratados internacionais de direitos humanos possuiriam "baixa densidade normativa", não sendo capazes de estabelecer tipos penais ou sanções. Ademais, afirmaram que a prevalência das normas convencionais sobre as regras de direito interno não seria algo pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria,

destacando que “teorias monistas de cunho internacionalista” não seriam capazes de afastar mandamentos constitucionais.

“Independentemente da questão relacionada à vinculação ou não às decisões da Corte IDH, tenha-se em mente que, embora a doutrina defendesse o contrário, até recentemente não se reconhecia prevalência às convenções internacionais sobre as normas internas, especialmente a Constituição. Os parágrafos terceiro e quarto do artigo 5º da Constituição – que equiparam tratado ou convenção internacionais sobre direitos humanos a emenda constitucional e a submissão do Brasil à jurisdição de tribunal penal internacional a cuja criação tenha manifestado adesão – foram incluídos no texto da Carta apenas em 2004, por meio da Emenda Constitucional 45. Vale dizer, não apenas o Brasil, ao aderir à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos o fez de forma condicional (para fatos ocorridos após a adesão), como a prevalência do Tratado sobre as normas de direito interno só foi positivada em 2004. Se assim é, parece-me tecnicamente estranho que a Lei da Anistia, norma de direito interno, seja revista por cortes internacionais aos quais o país tenha prestado reverência anos mais tarde. Algo como obter um efeito retroativo por via transversa, insuscetível de revisão pelas vias ordinárias internas. Há um conflito, não apenas de hierarquia, como de leis no tempo, cuja solução – ao menos se se seguir a orientação defendida pelo MPF nestes autos – conduzirá mais à insegurança do que à pacificação. [...]

“Não bastasse esse argumento – das normas evocadas possuírem baixa densidade normativa – não sendo aptas quer a tipificar a conduta ou a estabelecer uma sanção, rememore-se que a prevalência das regras convencionais sobre as regras de direito interno jamais foi objeto de conformismo pacífico pela doutrina e pela jurisprudência. A teoria monista clássica, defendida pelo emérito professor JACOB DOLINGER, segundo a qual Tratados e Convenções, uma vez aprovados e promulgados, incorporam-se ao direito interno, ficando em posição hierárquica superior, dá lugar ao chamado monismo moderado, segundo o qual não haveria hierarquia entre ditas normas internas e internacionais, resolvendo-se eventual conflito pela regra geral de que norma mais recente prevalece sobre a anterior, independentemente da fonte. Tal critério passou a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal à partir do celebrado julgamento do RE 80.004. [...]” (2ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, Ação Penal 0801434-65.2013.4.02.5101, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, Rio de Janeiro, 5 jun. 2013).

“Inobstante isso, parece-me não haver dúvida de que, em um ordenamento autônomo, inaugurado por uma Lei Maior que constitui e disciplina nossa República em seus fundamentos, estruturas e diretrizes, não cabe invocar normas de *jus cogens* como forma de desviar dos expressos comandos da Constituição Federal. Afinal, é a Constituição que inaugura o próprio ordenamento, constitui seu fundamento de validade último e, por consequência, traduz os parâmetros de recepção, aceitação ou validade de qualquer ato normativo frente ao ordenamento brasileiro. Portanto, eventuais teorias monistas de cunho internacionalista, por maior que seja sua relevância acadêmica e política, não permitem, em nosso Direito, socorro a teses que impliquem descumprimento de mandamentos constitucionais, formais ou materiais.” (TRF-3, 11ª Turma, Embargos de Declaração

De forma minoritária, há decisões que defendem que a constitucionalidade de uma norma não impede o exame de sua convencionalidade, tratando-se, na verdade, de um “duplo grau de controle”. Por conta disso, a Lei de Anistia brasileira, ainda que declarada constitucional pelo STF na ADPF 153, não deixa de ser inconvencional, estando em flagrante dissonância com os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, dentre eles a CADH e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

“Induvidoso, portanto, que a constitucionalidade de uma norma não implica, necessariamente, na sua convencionalidade, uma vez que “os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional” (RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 410). À propósito, já há algum tempo o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo o caráter ‘supralegal’ dos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, quando incorporados ao direito pátrio antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, como é o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Neste sentido já se manifestou em diversos precedentes (Ext 1223/DF, ADI 5240/SP), sendo o julgamento proferido no RE 466.343 o grande marco desse posicionamento, precedente no qual o Pretório Excelso julgou inconvencional a prisão civil do depositário infiel, reputando paralisada toda a legislação infraconstitucional que conflitava com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Considerando como parâmetro de aferição da convencionalidade especificamente o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, a Lei de Anistia afronta, pelo menos, os artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), porque limita o escopo da proteção da vítima e de seus familiares, impossibilitando o reconhecimento oficial de violações graves aos direitos humanos ocorridas no Brasil pós 1964. Ademais, considerando o caso aqui entabulado, também se infere que a aplicação da Lei de Anistia redundaria em violação de aspectos do direito à integridade pessoal e à vida, estabelecidos nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, uma vez que a ocultação e destruição dos cadáveres, não bastasse o sofrível desaparecimento forçado das vítimas do período de exceção, subtrai dos familiares até mesmo o direito de dar destino digno ao corpo morto (direito à sepultura) de um ente querido. Exatamente por conta da incompatibilidade material entre a Lei de Anistia e os tratados internacionais, sobretudo à CADH, o Estado Brasileiro já sofreu duas paradigmáticas condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), em razão da sua inação em apurar e responsabilizar as graves violações aos direitos humanos perpetrados durante a Ditadura Militar.” (2ª Vara Federal Criminal de Campos dos Goytacazes, Ação Penal 5005036-93.2019.4.02-5103, Decisão de recebimento da denúncia, Juíza Federal Substituta Flávia Rocha Garcia, Rio de Janeiro, 18 nov. de 2019).

“A necessidade de compatibilidade normativa *tanto* com a Constituição Federal *quanto* com a Convenção Interamericana fica muito clara com a

decisão do STF no HC 90172/SP, que culminou na Súmula Vinculante nº 25, que veda a prisão civil do depositário infiel. *Tal modalidade de prisão foi considerada incompatível com o Pacto de São José da Costa Rica, embora seja permitida pela Constituição brasileira.* Assim sendo, a Lei de Anistia pode igualmente mostrar-se compatível com a Constituição e incompatível com a Convenção;

- Ademais, a adesão à Convenção levou ao reconhecimento de uma regra de competência - a da Corte Interamericana de Direitos Humanos - para apreciar soberanamente casos em que se alegue o descumprimento da Convenção;

-Ainda nessa linha de raciocínio, é mister salientar que o Supremo Tribunal Federal reconhece aos tratados sobre direitos humanos, mesmo àqueles previstos no art. 5º, §2º, da Constituição, hierarquia suprallegal;⁷⁰ (TRF-3, 5ª Turma, ReSE 0004823-25.2013.4.03.6181, Relator Des. Fed. André Nekatschalow, – trecho retirado do voto condutor do Des. Fed. Paulo Gustavo Guedes Fontes)⁷¹.

Embora os dois trechos, acima em destaque, sejam retirados de decisões favoráveis à continuidade das respectivas ações penais, em ambos os casos tais decisões foram revertidas posteriormente. O primeiro caso foi trancado por um *Habeas Corpus* e o segundo foi reformado por Acórdão, proferido pela 4ª Seção do Tribunal Federal da 3ª Região, em Recurso de Embargos Infringente e de Nulidade⁷¹.

Cabe, por fim, destacar entendimento minoritário na jurisprudência que, em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sustenta que a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos no Brasil não afasta a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade da Lei de Anistia, bem como argumenta ser indiferente, para fins de controle de convencionalidade, que a normativa internacional tenha sido aprovada anos após a edição do diploma interno.

"Sem prejuízo do exposto e concorrendo com a importância que deve ser creditada ao postulado que reza a supremacia do texto constitucional (nos termos anteriormente vertidos), o controle de validade de uma norma, atualmente, também deve ser executado tendo como supedâneo os tratados e as convenções internacionais assinadas e ratificadas pela República Federativa do Brasil, constatação está passível de ser inferida da própria jurisprudência do C. Supremo Tribunal Federal a partir do relevante *leading case* retratado no RE 466.343 no qual apreciada a possibilidade de prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

"[...] revisitando o tema, inclusive ante a alteração promovida pela Emenda Constitucional no 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, ao lado das disposições originalmente

⁷⁰ Destaca-se que esse argumento é utilizado pelo Des. nos julgamentos dos ReSE 0003768-34.2016.4.03.6181, 0016351-22.2014.4.03.6181, e 0011715-42.2016.4.03.6181

⁷¹ Embargos Infringentes e de Nulidade nº. 0004823-25.2013.4.03.6181/SP. Após a reforma realizada pela 4ª Seção, o Des. Fed. Paulo Fontes vem sendo voto vencido em todos os casos que utiliza tal argumentação.

elencadas nos §§ 1º e 2º de mencionado preceito (*§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*), entendeu por bem o C. Supremo Tribunal Federal adotar posicionamento segundo o qual, acaso o tratado internacional de direitos humanos não tenha sido aprovado nos mesmos moldes do que um Projeto de Emenda Constitucional (votação em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros), hipótese em que teria força normativa equivalente à norma oriunda do Poder Constituinte Derivado Reformador, a norma de direito internacional com tal conteúdo possuiria *status supralegal* em decorrência da relevante matéria discutida e debatida no cenário internacional e que objeto de ratificação e de aprovação no país. Tal novel tratamento conferido aos tratados internacionais de direitos humanos (não internacionalizados nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal) restou chancelado exatamente na apreciação da possibilidade de prisão do depositário infiel no contexto conflituoso anteriormente descrito (Texto Magno de 1988 X Pacto de São José da Costa Rica) quando da apreciação dos RE 466.343, restando reafirmado no julgamento do RE 349.703 - a propósito, seguem as ementas dos precedentes mencionados (...)

“Portanto, a partir de 03 de dezembro de 2008 (data de realização da sessão de julgamento dos recursos anteriormente transcritos) e ante o reconhecimento pelo C. Supremo Tribunal Federal da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos (não aprovados com o quórum qualificado do § 3º do art. 5º da Constituição Federal), a visão tradicional do ordenamento jurídico materializada pela pirâmide normativa kelseniana (Constituição no topo; patamar intermediário das leis; e patamar subalterno dos atos infralegais) restou alterada pela introdução da faixa atinente a tratados internacionais de direitos humanos (exatamente entre o topo da pirâmide ocupada pela Constituição e o patamar das leis internas).

“Dentro de tal contexto, a aferição de compatibilidade de uma lei editada pelo Parlamento, nos dias atuais, passa por dois estágios de verificação: (a) o primeiro deles em face da Constituição Federal tendo como base a ideia regente contida no Princípio da Supremacia da Constituição (cabendo ressaltar que, acaso a lei não esteja de acordo com o Texto Magno, padecerá de vício que a tornará inconstitucional, seja sob o aspecto formal, seja sob o aspecto material) e (b) o segundo deles à luz dos tratados internacionais de direitos humanos cuja natureza jurídica seja supralegal (como ocorre, por exemplo, com o Pacto de São José da Costa Rica), sendo imperioso destacar que eventual incompatibilidade levará ao reconhecimento da existência de vício de inconvencionalidade.

“Em outras palavras, atualmente o ato legislativo deve retirar seu fundamento de validade tanto da Constituição Federal (sendo, assim, compatível com ela, sob pena de ser inconstitucional) como dos tratados internacionais de direitos humanos não introduzidos ao ordenamento jurídico sob o pátio do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal (porque hierarquicamente superior no contexto elucidativo da Pirâmide de Kelsen sob pena de ser inconvencional).

“Adentrando agora no juízo de validade que deve ser feito à Lei de Anistia tendo como base os tratados internacionais de direitos humanos e partindo da

premissa anteriormente estatuída de que referidos atos normativos possuem atualmente *status* de normas supralegais (entendimento sufragado pelo C. Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos RE's 466.343 e 349.703), nota-se a ausência de compatibilidade da Lei no 6.683/1979 com diversas convenções afetas ao tema de direitos humanos, o que chancela sua inconvencionalidade no âmbito de aferição que tem por pressuposto a nova conformação da pirâmide normativa kelseniana.

Na realidade, o fato de apenas após a redemocratização o Brasil ter aderido a tratados que exigem a punibilidade de crimes de lesa-humanidade (como o Estatuto de Roma, instituidor do Tribunal Penal Internacional, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos) não significa que até então estava o país autorizado a anistiar ou a tolerar a prescrição de crimes atrozes, declinando da dignidade da pessoa humana, que já encontrava previsão como valor constitucional no âmbito da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1967 (art. 157, II: *A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana (...).*

“Assim, de acordo com o precedente em comento, que analisou, conforme dito anteriormente, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel de acordo com o Decreto-Lei no 911/1969 à luz do Pacto de São José da Costa Rica, depreende-se ser indiferente que a sobrevinda de normativa internacional tenha ocorrido muitos anos após a edição do diploma interno - mesmo diante da questão temporal em comento, ainda assim a lei interna anterior deverá ser analisada com base no tratado internacional de direitos humanos editado em momento futuro, o que sufraga o juízo de valor que se está a realizar da Lei de Anistia com base no *status* supralegal de tratado internacional de direitos humanos que somente veio ao cenário internacional em momento ulterior.” (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0015358-42.2015.4.03.6181, Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis, Rel. p/ acórdão Des. Fed. Nino Toldo, São Paulo, 5 fev. 2019 – trecho do voto vencido do Rel. Des. Fed. Fausto de Sanctis).

3.5.2. Sobre a suposta hierarquia entre o STF e a Corte IDH

Os autos processuais analisados ao longo desta investigação apontam, ainda, à existência de argumentos que hierarquizam a atuação do STF e a da Corte IDH, colocando o STF em patamar superior à Corte IDH. Neste sentido, ao aventar a pretensa hierarquização, os/as magistrados/as, em linhas gerais, afirmam que as decisões da Corte IDH (em especial aquelas contra o Brasil, como o caso Araguaia e o caso Herzog) não teriam efeito modificativo sobre as decisões do STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

"A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, impondo ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, nem na eficácia da decisão do STF sobre a matéria, na ADPF 153/DF". (TRF-1, 4^a Turma, HC na Ação

Penal 0001162- 79.2012.4.01.3901, Rel. Des. Fed. Olindo Menezes, Pará, 18 nov. 2013).

"Por sua vez, como bem esclarecido em trecho de julgado proferido em sede de *habeas corpus* impetrado perante a 4^a Turma desta Corte Regional, "[a] decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund*, impondo ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, nem na eficácia da decisão do STF sobre a matéria, na ADPF 153/DF" (HC 0068063-92.2012.4.01.0000 / PA, r. Des. Federal Olindo Menezes, 4^a Turma, e-DJF1 de 06/12/2013). (TRF-1, 3^a Turma, ReSE 0000342-55.2015.4.01.3901, Acórdão, Rel. Des. Fed. José Alexandre Franco, Pará, 15 jan. 2021).

"Por fim, anoto que julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca de crimes permanentes em tese cometidos por agentes da repressão no Brasil no período da ditadura militar não poderia se sobrepor a uma disposição legal que retira o caráter criminoso dos fatos e que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como integralmente recepcionada pela atual ordem constitucional pátria." (TRF-3, 11^a Turma, ReSE 0011528-34.2016.4.03.6181, Rel. Des. Fed. José Lunardelli, São Paulo, 22 jan. 2019 - trecho retirado do voto vencedor do relator Desembargador Federal José Lunardelli).

"Assim, o compromisso assumido pelo Brasil no sentido de submeter-se às decisões da CIDH não pode ensejar afronta à Constituição Federal, a qual assegura a soberania das decisões judiciais em âmbito interno (artigo 1º, I, CF/88), bem como o respeito à coisa julgada e à irretroatividade da lei penal, como garantias individuais e cláusulas pétreas, e, igualmente, ao princípio da segurança jurídica. Desse modo, a decisão da CIDH que se apresente contrariamente à Constituição Federal - nos termos em que o Supremo Tribunal Federal a lê e a interpreta - não pode ter aplicação interna, sendo que no caso da Lei de Anistia o STF já se manifestou de forma definitiva." (4^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0009980-71.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Renata Andrade Lotufo, São Paulo, 22 set. 2016).

Para a defesa da suposta hierarquia entre o STF e a Corte IDH, a jurisprudência majoritária sustenta três argumentos centrais: a submissão dos juízos de primeira e segunda instância às decisões do STF, e não às decisões da Corte IDH; a dispensabilidade do exercício de controle de convencionalidade em face de já realizado exercício de controle de constitucionalidade; e o respeito à soberania nacional, a qual ensejaria, inclusive, a verificação das decisões da Corte IDH pelo STF.

Quanto ao primeiro argumento, qual seja, a submissão dos juízos às decisões do STF, e não às decisões da Corte IDH, é aventada centralmente a decisão do Supremo no âmbito da Reclamação proposta no caso Rubens Paiva (Reclamação 18.686, pendente de decisão

definitiva), de modo a afirmar que a instância máxima do judiciário brasileiro reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia foi recepcionada pelo ordenamento constitucional e encontra-se plena em eficácia e validade. Afirmam, ainda, que, por se submeterem às decisões vinculantes do STF, não seria pertinente uma revisão do entendimento com base em decisão da Corte IDH em sentido diverso. De acordo com o resultado da análise realizada, o argumento foi mobilizado principalmente para a rejeição das denúncias propostas pelo MPF.

“Por fim, há que se ressaltar que, recentemente, a 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ recebeu denúncia por crimes supostamente praticados por agentes militares, durante o período de exceção (tal como no caso em tela), contra o então deputado RUBENS BEYRODT PAIVA [...] Tal decisão foi imediatamente submetida à apreciação da Suprema Corte, pelo mecanismo da Reclamação. Ainda em sede liminar, o Ministro Relator determinou a imediata suspensão da Ação Penal, por afronta direta à decisão vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal [...] O Relator reiterou, ainda, que a decisão proferida nos autos da ADPF 153 tem eficácia erga omnes e efeito vinculante, sendo exigível seu cumprimento por meio de Reclamação direcionada diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Ainda mais recentemente, em 23 de novembro de 2018, o Ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes estendeu os efeitos da Reclamação supra à decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, referente ao recebimento de denúncia de crime de tortura praticado durante a Ditadura Militar, em tese, contra a vítima Espedito de Freitas pelo acusado Ricardo Agnese Fayad. Assim, resta inequívoco que qualquer decisão que afaste a incidência da Lei da Anistia para persecução penal de supostos crimes políticos ou a eles conexos, estará afrontando ao quanto decidido pela Suprema Corte, em decisão proferida com efeito vinculante. Em outras palavras, por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - que determinou que o Estado brasileiro reiniciasse a investigação, processasse e punisse os responsáveis pela tortura e assassinato de VLADIMIR HERZOG, sem a aplicação da Lei de Anistia – tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada. Assim sendo, não cabe a este Juízo de primeira instância revisar o quanto decidido pela Suprema Corte, recebendo denúncia por fatos ocorridos há 45 anos e declarados anistiados por lei válida e constitucional. Repise-se: não há que se falar em compatibilidade do quanto decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a decisão proferida, pela instância máxima do Judiciário brasileiro, nos autos da ADPF 153. Muito pelo contrário, são decisões frontalmente divergentes e que não se coadunam. Neste sentido, considerando que este Juízo submetesse às decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal, caberia apenas a este, caso entendesse pertinente, rever suas próprias decisões” (1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 5001469-57.2020.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 04 mai. 2020).

“Em outras palavras, por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Gomes Lund vs. Brasil”, que considerou que a Lei de Anistia brasileira não se adequava às regras do

direito convencional, tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada. Em tais autos, em decisão liminar ainda em vigor, a instância máxima do judiciário brasileiro reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia foi recepcionada pelo ordenamento constitucional e encontra-se plena em eficácia e validade. Assim sendo, não cabe a este Juízo de primeira instância revisar o quanto decidido pela Suprema Corte, recebendo denúncia por fatos ocorridos há 48 anos e declarados anistiados por lei válida e constitucional. É o suficiente" (1^a Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, São Paulo, 03 ago. 2018).

Quanto ao segundo argumento identificado para defender a tese da superioridade hierárquica do STF em detrimento da Corte IDH, as decisões judiciais defenderam a dispensabilidade do controle de convencionalidade perante a existência de decisão em sede de controle de constitucionalidade.

"Ocorre que, uma vez feito o controle de constitucionalidade da norma, não há mais qualquer sentido em se fazer o alegado ‘controle de convencionalidade’. Nas ações diretas de constitucionalidade, de que é exemplo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a causa de pedir é aberta." (1^a Vara Federal de Petrópolis, Ação Penal 5001249-13.2020.4.02.5106, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alcir Luiz Lopes Coelho, Rio de Janeiro, 06 out. 2020).

"Ocorre que, uma vez feito o controle de constitucionalidade da norma, não há mais qualquer sentido em se fazer o alegado ‘controle de convencionalidade’. Nas ações diretas de constitucionalidade, de que é exemplo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a causa de pedir é aberta. Assim, não há que se argumentar que o STF “não se pronunciou a respeito da compatibilidade da anistia concedida com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro” (1^a Vara Federal de Petrópolis, Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alcir Luiz Lopes Coelho, Rio de Janeiro, 06 mar. 2017).

Por fim, o princípio da soberania foi recorrentemente suscitado nas decisões para cogitar a existência de relação hierárquica entre as decisões do STF e da Corte e, consequentemente, o limite da observância das sentenças internacionais pelo magistrados/as em âmbito interno:

"Destaco, após esses comentários que revelam meu entendimento pela possibilidade de punição dos crimes indicados na denúncia, eis que praticados contra a humanidade e imprescritíveis, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153, rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil pela revisão da Lei n.6683/74, decisão essa, apesar de ainda pender embargos de declaração, possui efeito erga omnes e vinculativos a todo o Judiciário Nacional, por força do disposto no art. 10, da Lei n. 9882, de 03 de dezembro

de 1999. [...] Em suma, este é o panorama traçado pela jurisprudência do país, a partir de sua mais alta Corte, sendo que, ainda que em dissonância com o que tem sido decidido no âmbito dos Tribunais Internacionais, conforme visto acima, pelo que o país, uma vez mantida a decisão, e tudo indica que o será, poderá ser, de algum modo, responsabilidade no âmbito internacional, senão politicamente pelo menos, verdade é que, em termos de soberania interna, não há como não garantir o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte.” (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0011715-42.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque, São Paulo, 04 nov. 2016).

“É sabido que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui entendimento diverso, já manifestado o caso da Guerrilha do Araguaia – caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, por sentença de 24 de novembro de 2010, quando condenou o Brasil a punir os agentes que tivessem praticado crimes contra os direitos humanos no período da ditadura militar; porém, suas decisões não se sobrepõem às do E. Supremo Tribunal Federal, que declarou a constitucionalidade da Lei de Anistia [...] Eventual descumprimento da decisão da CIDH pelo Estado Brasileiro deve ser resolvido no plano internacional, assegurada que está, constitucionalmente, a soberania das decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito interno.” (8ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0001208-22.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juíza Federal Louise Vilela Leite Filgueiras Borer, São Paulo, 17 fev. 2016).

“Neste ponto, sobrelevam-se os princípios da independência, da autodeterminação e da igualdade entre os Estados, os quais regem nossa República em suas relações internacionais, conforme insculpido no artigo 4º da Carta Política:Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional;II - prevalência dos direitos humanos;III - autodeterminação dos povos;IV - não-intervenção;V - igualdade entre os Estados;VI - defesa da paz;VII - solução pacífica dos conflitos;VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;X - concessão de asilo político.³⁴ Sob esta ótica, não se concebe a sobreposição de decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos à Constituição Federal, ou disputar ela com decisão definitiva de nossa Suprema Corte sobre o mesmo assunto, considerando os princípios da soberania, da independência nacional, autodeterminação e igualdade entre os povos.³⁵ A Anistia foi recepcionada pela Constituição Federal, há com ela conformidade vaticinou o Supremo Tribunal Federal. Instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não derrogam em qualquer aspecto normas estabelecidas pela Carta Política de 1988. Ainda que albergado com o status de emenda à Constituição, o instrumento internacional não a derroga, especialmente no terreno de clausulas pétreas atinentes à República e aos direitos fundamentais do cidadão.” (7ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0003768-34.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, São Paulo, 02 mai. 2016).

Cabe destaque a um dos casos analisados, sobre os ataques ao Riocentro, no qual, em decisão em sede de Recurso Especial, foi verificado argumento que indicava uma suposta

competência do STF em exercer a verificação das decisões proferidas pela Corte IDH, ou seja, em atuar como um órgão de controle e legitimação das sentenças proferidas pelo Tribunal internacional:

“5.Os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida no art. 4º, § 1º, da EC n. 26/1985, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979. Não se pode descurar, ademais, que a Lei n. 6.683/1979 foi considerada constitucional pelo STF, no julgamento da ADPF n. 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. Nada obstante, conforme explicitado pelo Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Rcl n. 18.686/RJ, “essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99)”. Nessa linha de entendimento, cabe ao STF verificar os efeitos da decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, com a consequente harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux.

6.Conclusão que não revela resistência ao cumprimento das decisões proferidas pela CIDH, ou reticência em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais.” (Ação Penal 0017766-09.2014.4.02.5101, STJ, 3ª Seção, REsp 1.798.903/RJ, Acórdão, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Rel. p/ acórdão Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 25 set. 2019)

3.5.3. Sobre o efeito vinculante das sentenças da Corte IDH

Ao longo da pesquisa, encontramos decisões que sustentaram que as sentenças da Corte IDH, proferidas contra o Estado brasileiro, não possuem efeito vinculante. Cabe destacar que, no âmbito do julgamento de ReSE pelo TRF-2, encontramos voto-vencido que chegou a afirmar que decisões oriundas de tribunais internacionais teriam caráter meramente declaratório. Cumpre ainda esclarecer que uma das questões mais levantadas, pelas decisões judiciais, diz respeito ao período em que se deram os fatos analisados pela Corte IDH (ocorridos durante a ditadura militar) e as condições de adequação pelo Estado brasileiro à competência contenciosa da Corte IDH (que compreende fatos posteriores a 10 dezembro de 1998).

“Como é cediço, a República Federativa do Brasil, de maneira soberana e

juridicamente válida, submeteu-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente a partir de dezembro de 1998, mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, deve a República Federativa do Brasil cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual for parte, a partir da data de seu ingresso. Com efeito, o presente caso trata de fatos supostamente ocorridos há 47 anos! Ou seja, 27 anos antes da subsunção do país à Corte Interamericana. Registre-se que caso o Brasil caminhe novamente para a instauração de um regime de exceção, civil ou militar, similar ao do nosso passado recente ou ao de alguns países que infelizmente parecem caminhar para esse retrocesso no momento atual, aí sim, terão plena aplicabilidade às restrições à concessão ilegítima de anistia a agentes públicos que violem direitos humanos, a imprescritibilidade de crimes e todo o rol de garantias e proteções previstas na esfera do direito internacional público.” (1ª Vara Criminal do Júri e Execuções Penais de São Paulo, Ação penal 0005946-82.2018.4.03.6181, 07 de agosto de 2018)

“Sem compromisso com a rica discussão doutrinária acerca do “status” dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é de se registrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos - órgão jurisdicional do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos e previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - possui competência consultiva e contenciosa, sendo que esta última, conforme ensina Valerio Mazzuoli, é facultativa e *“limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição”*. (...) O Brasil promulgou a referida Convenção em 1992, por meio do Decreto 678 e, em 2002, promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatoria da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, através do Decreto 4.463, mas o fez sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998...(...) Assim, ainda que se acolhesse a tese de que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser observadas mesmo existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, não se aplicaria ao caso dos autos porquanto versa sobre fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998.” (TRF3, Segunda Turma, ReSE 000420432.2012.4.03.6181/SP, Relator Desembargador Federal Otavio Peixoto Junior, 02 de julho de 2013).

“a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada por ocasião do julgamento do caso “Gomes Lund e outros” (Guerrilha do Araguaia), em que o Tribunal concluiu que o Brasil foi responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrido entre os anos de 1972 e 1974, não tem eficácia no caso concreto, eis que além de ter analisado desaparecimentos ocorridos apenas naquele contexto, o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriores. [...]”

“Em se tratando de decisão oriunda de Tribunal Internacional, o caráter das sentenças é meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial, entendimento que também se aplica para afastar o julgamento de Jean-Paul Akayesu, pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda, em 1998, como aventado pelo MPF.” (TRF-2, 1ª Turma, ReSE 0170716-17.2016.4.02.5106, Relator Des. Paulo Espírito Santo,

14 de agosto de 2019 - trecho retirado do voto vencido do Des. Fed. Paulo Espírito Santo)

“O julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca de crimes permanentes em tese cometidos por agentes da repressão no Brasil no período da ditadura militar não poderia se sobrepor a uma disposição legal que retira o caráter criminoso dos fatos e que foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em julgado com efeitos vinculantes, como integralmente recepcionada pela atual ordem constitucional pátria.” (Ação Penal 0004823-25.2013.4.03.6181, TRF-3, 4ª Seção, Embargos infringentes e de nulidade n.0004823-25.2013.4.03.6181/SP, Acórdão, 21 de março de 2019)

“Cumpre, no entanto, esclarecer que decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos não tem o condão de afastar a incidência da legislação pátria anterior ao próprio Tratado Internacional que a instituiu, bem como anterior à Constituição da República de 1988, norma fundamental da qual se extrai a possibilidade de internalização dos Tratados de Direitos Humanos.” (Ação Penal 0023005-91.2014.4.02.5101, STJ, Quinta Turma, RO em HC, Acórdão, Ministro Rel. Joel Ilan Paciornik, 19 de dezembro de 2019.)

Há também decisões que destacaram o caráter *erga omnes* e vinculante da decisão proferida pelo STF na ADPF 153, afastando o entendimento superveniente da Corte IDH, proferido no caso Araguaia. Isto porque, na visão dos magistrados, eventual revisão da decisão proferida na ADPF 153 deveria ser feita pelo próprio STF.

“Aduz ainda o recorrente que a decisão da Corte Interamericana é superveniente ao julgamento da ADPF 153, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da lei de anistia, e que o Brasil se obrigou a cumprir as decisões da Corte Interamericana, nos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

“A meu juízo o que se desvela determinante é que decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia ‘erga omnes’ e efeito vinculante, ou seja, ‘atinge[m] todos’ e ‘atrela[m] os demais órgãos do Poder Público’ [...]”

“Desta feita, eventual revisão da decisão proferida na ADPF 153 caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal.”(TRF-3, Segunda Turma, ReSE 000420432.2012.4.03.6181/SP, Relator Desembargador Federal Relator Otavio Peixoto Junior, 02 de julho de 2013).

“Por sua vez, como bem esclarecido em trecho de julgado proferido em sede de habeas corpus impetrado perante a 4ª Turma desta Corte Regional, “[a] decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gomes Lund, impondo ao Estado Brasileiro a realização, perante a sua jurisdição ordinária, de investigação penal dos fatos ocorridos na chamada Guerrilha do Araguaia, não interfere no direito de punir do Estado, nem na eficácia da decisão do STF sobre a matéria, na ADPF 153/DF (HC 0068063-92.2012.4.01.0000 / PA, R. Des. Federal Olindo Menezes, 4ª Turma, e-DJF1 de 06/12/2013).” (TRF-1, ReSE 0000342-55.2015.4.01.3901/PA, Desembargador relator Juiz José Alexandre Franco, 15 de janeiro de 2021)

“Portanto, admitir-se, no caso concreto ora analisado, o processamento dos denunciados diante desse quadro jurídico que se delineia, em que não se

vislumbra, por ora, nenhuma possibilidade de alteração da posição do STF, mesmo após a decisão da Corte Americana de Direito Humanos (sic) na decisão sobre guerrilha do Araguaia, se me afiguraria a imposição de uma posição pessoal deste Magistrado, dissociada do que restou estabelecido até agora pela mais alta Corte Judicial do país, em decisão com efeito vinculante.” (9ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Ação Penal 0011715-42.2016.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Silvio César Arouck Gemaque, 4 de novembro de 2016)

No mesmo sentido, encontramos decisões que sustentaram que, por mais que a sentença da Corte IDH no caso Araguaia tenha sido proferida após o julgamento da ADPF 153, a última manifestação sobre o assunto foi do STF na Reclamação Constitucional 18.686/18 (proposta no caso Rubens Paiva). Na referida Reclamação, ainda em sede liminar, o STF reafirmou a eficácia *erga omnes* e vinculante da ADPF 153 em momento posterior à decisões sobre os casos Araguaia e Herzog, julgados pela Corte IDH em 2010 e 2018, respectivamente.

“Em outras palavras, por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Gomes Lund vs. Brasil”, que considerou que a Lei de Anistia brasileira não se adequava às regras do direito convencional, tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada. Em tais autos, em decisão liminar ainda em vigor, a instância máxima do judiciário brasileiro reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia foi recepcionada pelo ordenamento constitucional e encontra-se plena em eficácia e validade. Assim sendo, não cabe a este Juízo de primeira instância revisar o quanto decidido pela Suprema Corte, recebendo denúncia por fatos ocorridos há 48 anos e declarados anistiados por lei válida e constitucional. É o suficiente.” (1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais de São Paulo, Ação Penal 0008031-41.2018.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, 3 de agosto de 2018)

“Por fim, há que se ressaltar que, recentemente, a 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ recebeu denúncia por crimes supostamente praticados por agentes militares, durante o período de exceção (tal como no caso em tela), contra o então deputado RUBENS BEYRODT PAIVA” (grifo nosso, p. 42).

“Tal decisão foi imediatamente submetida à apreciação da Suprema Corte, pelo mecanismo da Reclamação. Ainda em sede liminar, o Ministro Relator determinou a imediata suspensão da Ação Penal, por afronta direta à decisão vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal

“O Relator reiterou, ainda, que a decisão proferida nos autos da ADPF 153 tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, sendo exigível seu cumprimento por meio de Reclamação direcionada diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Ainda mais recentemente, em 23 de novembro de 2018, o Ministro da Suprema Corte Alexandre de Moraes estendeu os efeitos da Reclamação supra à decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, referente ao recebimento de denúncia de crime de tortura praticado

durante a Ditadura Militar, em tese, contra a vítima *Espedito de Freitas* pelo acusado *Ricardo Agnese Fayad*. Assim, resta inequívoco que qualquer decisão que afaste a incidência da Lei da Anistia para persecução penal de supostos crimes políticos ou a eles conexos, estará afrontando ao quanto decidido pela Suprema Corte, em decisão proferida com efeito vinculante” (p. 43).

“Em outras palavras, por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos - que determinou que o Estado brasileiro reiniciasse a investigação, processasse e punisse os responsáveis pela tortura e assassinato de VLADIMIR HERZOG, sem a aplicação da Lei de Anistia – tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada” (1ª Vara Criminal Federal de São Paulo, Ação penal nº 5001469-57.2020.4.03.6181, Decisão de rejeição da denúncia, Juiz Federal Alessandro Diaferia, 04 de maio de 2020)

Ainda que minoritárias, encontramos algumas decisões que defenderam, em conformidade com as sentenças dos casos Araguaia e Herzog da Corte IDH, a responsabilidade do Estado brasileiro em promover o necessário controle de convencionalidade e, assim, a persecução penal dos acusados de graves violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade.

“11. À luz das normas de direito internacional e da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a aplicação da Lei de Anistia para impedir o prosseguimento de processos penais ajuizados em desfavor de supostos autores de crimes contra humanidade viola os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, além dos artigos 1.1 e 2.

“12. As condenações do país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos Casos Gomes Lund e Outros vs. Brasil e Herzog e Outros vs. Brasil decorreram diretamente da omissão do Poder Judiciário em adotar a Convenção Americana como parâmetro de controle de convencionalidade da Lei 6.683/79, após 10 de dezembro de 1998, data de ratificação da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória (artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos)

“13. As decisões e as interpretações da Convenção Americana de Direitos Humanos proferidas pela Corte Interamericana são dotadas de caráter vinculante, de maneira que os magistrados não podem mais invocar a Lei 6.683/79 para reconhecer a extinção de punibilidade dos supostos responsáveis pela prática dos crimes contra humanidade.

“14. Em razão do efeito paralisante da norma supralegal – Convenção Americana de Direitos Humanos – são inaplicáveis os dispositivos da Lei 6.683/79 que impeçam persecução penal de acusados de praticar crimes contra humanidade.” (TRF-2, 1ª Turma, ReSE 0170716-17.2016.4.02.5106, Acórdão, Relator Des. Fed. Paulo Espírito Santo, 14 de agosto de 2019)

“(...) é justamente em razão da incompatibilidade dos preceitos elencados na Lei de Anistia brasileira em face do Pacto de São José da Costa Rica que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do *caso Gomes Lund* (“Guerrilha do Araguaia”), fixou a responsabilidade do Estado

Brasileiro em promover a persecução penal contra os acusados de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar brasileira. Colhe-se do estabelecido pela Corte em tela quando da exaração de sua r. decisão:

(...) 3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção"

"Em julgamento realizado em 04 de julho de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao apreciar caso em que envolvida a morte do jornalista Vladimir Herzog encontrado falecido nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI), novamente asseverou que a República Federativa do Brasil tem o dever, de acordo com as normas internacionais de direitos humanos, de identificar e de punir os responsáveis pelo passamento - muito pertinente a transcrição de excerto extraído da r. decisão então proferida:

*(...) A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais (...). levando em consideração a submissão da Lei de Anistia ao controle de convencionalidade (a teor do anteriormente exposto), bem como o reconhecimento de responsabilidade do Estado brasileiro em promover a persecução penal contra os acusados de graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar brasileira, mostra-se imperativo assentar que o respeito aos direitos humanos deve ser considerado como norma cogente e inafastável do Direito Internacional, respeito este do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia), seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter sua própria ordem constitucional ou os tratados e as convenções internacionais assinados em matéria de direitos humanos." (TRF-3, 11ª Turma, ReSE Nº 0015358-42.2015.4.03.6181/SP, Relator Des. Fed. Fausto De Sanctis, 5 de fevereiro de 2019 - trecho retirado do voto vencido do Des. Fed. Fausto De Sanctis)*

"Seguindo a lógica dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, em 1969 foi adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica. O Brasil ratificou a referida Convenção em 25/09/1992, tendo ela sido promulgada através do Decreto 678, de 06/11/1992. Posteriormente, após aprovação do Congresso Nacional, foi reconhecida como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos termos do Decreto 4463, de 08/11/2002: *Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de*

acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. Vê-se, pois, que o Brasil somente reconheceu a competência da Corte posteriormente à ratificação, e fê-lo com as ressalvas da reciprocidade e 'para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998'. Em 24 de novembro de 2010, adveio sentença oriunda da Corte Interamericana no 'caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil', com importantes consequências para o caso *sub examine*. Nessa decisão, que trata do desaparecimento de militantes envolvidos na Guerrilha do Araguaia, no seu parágrafo de nº 256, consta que '*este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha.*' Obriga, ainda, a: b) determinar os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial. Ademais, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar da responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta Sentença. Nos parágrafos a que remete, a Corte Interamericana aplicou sua jurisprudência, afirmada em relação a outros países latino-americanos que também enfrentaram regimes de exceção, no sentido da invalidade das leis de anistia, nos contextos analisados, perante o Direito Internacional. Importante salientar que a ressalva temporal feita pelo Brasil no Decreto 4463/2202 ('fatatos posteriores a 10 de dezembro de 1998') foi levada em conta pela Corte (parágrafos 15 a 19 e 181). A Corte reconhece a validade da ressalva temporal, mas aduz que, em sua jurisprudência constante, '*este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua(...)* a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.' (parágrafo 17 da sentença). Passo a tecer algumas considerações que entendo relevantes para o deslinde do presente feito:

- Primeiramente, penso não haver dúvidas de que o Brasil está sujeito à jurisdição da Corte Interamericana, pelos atos de ratificação e reconhecimento da competência da Corte acima mencionados;
- Por outro lado, entendo que a decisão do STF na ADPF 153, que considerou ter sido a Lei de Anistia recepcionada pela Constituição de 1988, não representa óbice ao cumprimento da decisão da Corte Interamericana;
- Isso porque cabe precípua mente à Corte Interamericana o chamado 'controle de convencionalidade' das leis e atos normativos que se mostrem incompatíveis com a Convenção Americana, controle este que também pode e deve ser exercido pela jurisdição nacional;
- A necessidade de compatibilidade normativa tanto com a Constituição Federal quanto com a Convenção Interamericana fica muito clara com a decisão do STF no HC 90172/SP, que culminou na Súmula Vinculante nº 25, que veda a prisão civil do depositário infiel. *Tal modalidade de prisão foi*

considerada incompatível com o Pacto de São José da Costa Rica, embora seja permitida pela Constituição brasileira. Assim sendo, a Lei de Anistia pode igualmente mostrar-se compatível com a Constituição e incompatível com a Convenção;

- Ademais, a adesão à Convenção levou ao reconhecimento de uma regra de competência - a da Corte Interamericana de Direitos Humanos - para apreciar soberanamente casos em que se alegue o descumprimento da Convenção;
- Ainda nessa linha de raciocínio, é mister salientar que o Supremo Tribunal Federal reconhece aos tratados sobre direitos humanos, mesmo àqueles previstos no art. 5º, §2º, da Constituição, hierarquia supralegal;
- Por fim, os autores mais abalizados do Direito Internacional afirmam que a obrigatoriedade de observância pelo Brasil ocorre tanto diante da coisa julgada quanto da "coisa interpretada", ou seja, o país deve aplicar o entendimento consagrado pela Corte a outros casos que envolvam a mesma matéria." (TRF-3, 5ª Turma, ReSE 0004823-25.2013.4.03.6181/SP, Relator Des. Fed. André Nekatschalow, 13 de janeiro de 2014 - trecho retirado do voto vencedor/condutor do Des. Fed. Paulo Fontes)

4. Conclusões

Diante dos dados e das análises, apresentados neste relatório, foi possível concluir que o Estado brasileiro, por meio da atuação do Poder Judiciário nacional, encontra-se em posição de flagrante violação dos preceitos normativos e jurisprudenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo no que se refere à proibição da aplicação de anistia ou prescrição aos casos de grave violações de direitos humanos e crimes contra a humanidade. Ao não investigar e sancionar criminalmente agentes de Estado envolvidos em assassinatos, torturas, desaparecimentos forçados, violências sexuais, falsidade ideológica, dentre outras condutas perpetradas no contexto da ditadura militar, o Estado brasileiro não respeita os compromissos internacionais assumidos em matéria de direitos humanos, bem como descumpre as sentenças proferidas pela Corte IDH nos casos Araguaia e Herzog. Esta conclusão desdobra-se em cinco pontos principais:

- ❖ O Poder Judiciário nacional ainda está pouco aberto para a internalização do conceito de crime contra a humanidade. Na maioria das decisões analisadas, não houve um efetivo diálogo dos órgãos judiciais nacionais com o arcabouço normativo e jurisprudencial do Direito Internacional (em especial do Direito Internacional dos Direitos Humanos). Fato é que, mesmo estando presente na sentença da Corte IDH no caso Herzog (2018) e em quase a totalidade das denúncias criminais oferecidas internamente pelo MPF, o conceito de crime contra a humanidade é pouco abordado pelos magistrados nacionais. Quando o fazem, costumam invocar, de forma inadequada, argumentos jurídicos de direito interno (como a falta de tipificação ou a irretroatividade da lei penal mais gravosa) para afastar tal qualificação em casos de crimes de agentes de Estado perpetrados no contexto ditatorial. O Estado brasileiro, através da atuação do Poder Judiciário, não tem, portanto, cumprido com seu dever de investigar e sancionar os crimes contra a humanidade.
- ❖ As denúncias criminais oferecidas pelo MPF enfrentam significativos obstáculos jurídicos e políticos para avançar no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo em razão da alegada prescrição dos delitos denunciados e da suposta incidência da anistia, concedida pela Lei de Anistia de 1979. Em flagrante dissonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos (e, em especial, com a jurisprudência da Corte IDH), é majoritário, na

jurisprudência brasileira, o entendimento de que os crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira são passíveis de prescrição e de anistia.

❖ A tese jurídica mais utilizada no âmbito das decisões judiciais, mapeadas pela pesquisa, consistiu na defesa da incidência da Lei de Anistia nos crimes perpetrados por agentes de Estado no contexto da ditadura militar brasileira, sendo este o principal argumento utilizado para impedir o seguimento das ações penais internamente. Tal constatação revela que o Estado brasileiro encontra-se em flagrante descumprimento das resoluções da Corte IDH, emitidas nas sentenças dos casos Araguaia e Herzog. Em ambas as sentenças, a Corte IDH declarou que o Estado brasileiro era responsável pela violação de direitos humanos das vítimas, em razão da aplicação da Lei de Anistia e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade perpetrados no período da ditadura militar, tendo determinado que o Estado tem o dever de conduzir eficazmente, perante a jurisdição interna, a investigação dos fatos e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em crimes durante a ditadura.

❖ Ainda não há, na jurisprudência analisada, um posicionamento consolidado acerca da incidência ou não da Lei de Anistia em casos de crimes permanentes como sequestro de pessoas e ocultação de cadáver (tipificação interna utilizada pelo MPF para os casos de desaparecimento forçado de pessoas). Trata-se, no entanto, da tese com maior abertura no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Ou seja, dentre as cinco teses jurídicas abordadas neste relatório, esta foi a que teve maior impacto para o seguimento das ações penais, posto que a natureza permanente dos crimes em questão foi utilizada, em um número significativo de decisões judiciais, como fundamento para se afastar a anistia ou a prescrição dos delitos. Convém destacar, contudo, que ainda que esta tese esteja necessariamente relacionada à figura do desaparecimento forçado de pessoas, conceito este desenvolvido pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial pelo Sistema Interamericano, foram raras as decisões judiciais que abordaram tal conceito ou trataram de seus contornos internacionais. A extensa maioria das decisões judiciais restringiu-se, portanto, a discussões de direito interno.

❖ Em flagrante dissonância com a jurisprudência da Corte IDH (em especial com as sentenças do caso Araguaia e Herzog), o Poder Judiciário brasileiro não vem cumprindo com

seu dever de realizar o controle de convencionalidade da Lei de Anistia brasileira, posto que tem reafirmado a validade e a aplicação de tal diploma normativo mesmo em casos de graves violações de direitos humanos ou crimes contra a humanidade. No entendimento da Corte IDH, as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de casos de graves violações de direitos humanos ocorridos no Brasil. No entanto, a jurisprudência nacional majoritária segue aplicando a Lei de Anistia, fundamentando tal aplicação sobretudo na força vinculante da decisão do STF na ADPF 153. Entende, a maioria dos magistrados, que qualquer mudança na interpretação da Lei de Anistia deve ser realizada necessariamente pelo STF e não pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Daí ser possível concluir, por um lado, que os órgãos judiciais nacionais têm descumprido seu dever de realizar o controle de convencionalidade em âmbito interno e, por outro lado, que cabe em especial ao STF revisar sua interpretação sobre a Lei de Anistia, em conformidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos e em cumprimento à jurisprudência da Corte IDH.

Anexo I (tabela de casos / ações penais)





Anexo II (Exemplo de fichamento de uma das ações penais analisadas)

CASO DIMAS ANTÔNIO CASEMIRO	
INFORMAÇÕES GERAIS	
N. Processo	0008031-41.2018.4.03.6181
Vítima(s)	Dimas Antônio Casemiro
Acusado(s)	Carlos Setembrino da Silveira e Abeylard de Queiroz Orsini
Resumo dos fatos	<p>No dia 17 de abril de 1971, o denunciado Carlos Setembrino (à época suboficial da Seção de Busca e Apreensão), em conjunto com outros agentes não identificados, sob as ordens de Carlos Alberto Brilhante Ustra (falecido), comandante do DOI/CODI, matou a vítima Dimas Antônio Casemiro. A morte ocorreu durante uma ação da repressão que buscava localizar o “aparelho” onde Dimas mantinha-se escondido. Assim que localizaram o lugar, os agentes, incluindo Carlos Setembrino, atiraram contra a vítima, matando-a. Posteriormente, em 20 de abril de 1971, o denunciado Abeylard Orsini, em conjunto com o médico legista João Pagenotto (já falecido), omitiu bem como falsificou, em documento público (laudo de exame necroscópico), informações sobre a morte da vítima, a fim de ocultar e assegurar a impunidade do crime de homicídio. A versão oficial da morte de Dimas foi de que o mesmo teria morrido ao resistir à prisão. No entanto, os agentes da repressão executaram Dimas, sem qualquer chance de reação, inclusive com diversos disparos pelas costas. No mesmo contexto, em data próxima, os dois denunciados contribuíram para que a vítima tivesse seu corpo ocultado. Mesmo devidamente identificado, Antônio Dimas Casemiro foi enterrado como indigente no cemitério Dom Bosco, em Perus. Somente em 1990, seu corpo foi localizado em uma vala clandestina e, em fevereiro de 2018, pode ser identificado por meio de exame de DNA.</p> <p>Carlos Setembrino da Silveira foi denunciado por homicídio, como inciso nas penas do artigo 121, parágrafo 2º, inciso I e art. 211 c.c. art. 29, todos do Código Penal</p> <p>Abeylard de Queiroz Orsini foi denunciado por falsidade ideológica, como inciso nas penas do artigo 299 c.c. art. 61, II, “b”, e art. 211 c.c. art. 29, todos do Código Penal.</p> <p>Data dos fatos: 20 de abril de 1971</p>
Denúncia aborda o conceito de CCH?	Sim (e aprofunda na cota de oferecimento da denúncia).
Denúncia aborda “contexto de ataque sistemático e generalizado contra a população civil”?	Sim (e aprofunda na cota de oferecimento da denúncia).
Decisões Judiciais	<p>(1) <u>Rejeição da Denúncia</u> 1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais/SP (Juiz Federal Alessandro Diaferia) 3 de agosto de 2018</p> <p>(2) <u>Acórdão dando provimento, por maioria, ao Recurso em Sentido Estrito, a fim de receber a denúncia</u> [O acórdão foi proferido nos termos no voto divergente do Desembargador Fausto de Sanctis, com quem votou o Desembargador Federal Paulo Fontes. Restou vencido o Desembargador Federal José lunardelli, relator do caso] Tribunal Regional Federal Federal da 3ª Região (11ª Turma) Voto vencedor do Desembargador Federal Fausto de Sanctis (voto divergente) Voto vencido do Desembargador Federal José lunardelli (voto relator) 1 de dezembro de 2020</p>
Estado Atual do Processo	Autos conclusos para julgamento (embargos infringentes) (desde 01/01/2021)
Data da Última Atualização	01/07/2021
Observações	Não se aplica.
DECISÃO DE RECEBIMENTO OU REJEIÇÃO DA DENÚNCIA	
Órgão Julgador	1ª Vara Federal Criminal, do Júri e das Execuções Penais/SP (Juiz Federal Alessandro Diaferia)
Decisão	Rejeição da Denúncia.

Aborda a tese sobre a categoria de CCH?	Sim.
Esta tese é aceita ou refutada?	Refutada.
Argumentos utilizados pela decisão a respeito da categoria de CCH	<p>Direito Internacional dos Direitos Humanos</p> <p>Não deve ser aplicado o conceito de crime contra a humanidade no contexto da ditadura militar brasileira</p> <ul style="list-style-type: none"> • "sobre o alegado "caráter sistemático e generalizado dos ataques cometidos por agentes da ditadura militar contra a população brasileira", tal argumento não se sustenta para o fim pretendido, ou seja, para afastar a extinção da punibilidade dos fatos, ao se caracterizar o fato como crime de lesa-humanidade. Encontramos, com muito mais propriedade, um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênia, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600.000 a 1.800.000 vítimas. E se nos restringirmos apenas ao número de pessoas mortas, o que dizer de um dado estatístico que aponta a morte de mais de 62 mil pessoas no Brasil durante o ano de 2016? Tal cifra indica a grande violência e medo com que a população tem de aprender a conviver nos tempos presentes. Estaríamos, então, diante de uma situação análoga à de uma guerra? E quais as providências que o Estado brasileiro deve tomar para fazer cessar esse mal? Há risco de o Brasil ser responsabilizado em âmbito internacional à conta de tal dado estatístico, já que o compromisso assumido é o de proteger e assegurar a vida do ser humano? Poderia o popular leigo, de mediano conhecimento, afirmar que é bem mais "perigoso" viver nos dias atuais do que na época do regime de exceção? Tais provocações têm a mera finalidade de proporcionar uma reflexão mais detida e contextualmente mais ampla sobre o tema. Existe, portanto, uma distância muito expressiva entre essa suposta "vitória" do regime de exceção e a afirmação de que havia "ataques generalizados contra a população brasileira": não se pode dizer que a repressão a opositores do regime de exceção, por mais dura que tenha sido, tenha se estendido à grande massa da população brasileira. O argumento peca pelo caráter hiperbólico e não é suficiente para os fins pretendidos".
	<p>Sistema Interamericano de Direitos Humanos</p> <p>A CADH não pode ser aplicada aos fatos do caso (entrada e vigor após os fatos)</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Igualmente não procede o argumento ministerial sobre a influência do direito internacional na ordem jurídica interna, com vistas a caracterizar os fatos narrados na denúncia como crimes de lesa-humanidade e, por isso, imprescritíveis ou insuscetíveis de anistia. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, "Pacto de San José da Costa Rica", foi assinada em 22/11/1969 e entrou em vigor apenas em 18/07/1978, conforme o artigo 74.2 da própria Convenção, bem como que a adesão pelo Brasil se deu através do Decreto n. 678, de 06/11/1992, publicado em 08/11/1992 e depositado em 25/09/1992. Mais de duas décadas após a prática do fato narrado na denúncia. Pois bem. Dentre os diversos princípios que regem o Direito Internacional Público, vale mencionar o da independência nacional, que se reflete na soberania em sentido amplo, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos Estados, o da igualdade de Estados, o da prevalência da paz, o da busca da solução consensual para os conflitos, da cooperação entre os povos, entre outros. Vide, nesse sentido, o trabalho de Inez Lopes (Advogada, Coordenadora do Curso de Direito do UNIEURO, Doutora e Mestra em Direito pela Faculdade de Direito da USP, com Mestrado em Labour Policies and Globalisation, pela Universitt Kassel - UNIK e FHW, Berlim, na Alemanha), denominado "Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais", publicado na rede mundial de computadores conforme link abaixo. Tais princípios não se aplicam isoladamente, sobrepondo-se uns aos outros, como se estivessem numa ordem de prioridades; devem, com efeito, ser aplicados mediante uma interpretação que proporcione alcançar objetivos mais amplos (como por exemplo, o estabelecimento da paz mundial), compatibilizando-os em direção a propósitos superiores. Sendo assim, descebe cogitar a aplicação retroativa das disposições e diretrizes de direito internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79. Defender tal entendimento contraria, sim e frontalmente, o dispositivo de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153)." <p>O Brasil só deve cumprir as sentenças da Corte IDH a partir da data de ratificação de sua competência da sua jurisdição</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Como é cediço, a República Federativa do Brasil, de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente a partir de dezembro de 1998, mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, deve a República Federativa do Brasil cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual for parte, a partir da data de seu ingresso. Com efeito, o presente caso trata de fatos supostamente ocorridos há 47 anos! Ou seja, 27 anos antes da subsunção do país à Corte Interamericana. Registre-se que caso o Brasil caminhe novamente para a instauração de um regime de exceção, civil ou militar, similar ao do nosso passado recente ou ao de alguns países que infelizmente parecem caminhar para esse retrocesso no momento atual, aí sim, terão plena aplicabilidade as restrições à concessão ilegítima de anistia a agentes públicos que violem direitos humanos, a imprescritibilidade de crimes e todo o rol de garantias e proteções previstas na esfera do direito internacional público."

	<p>Direito Interno</p> <p>Segurança jurídica e "irretroatividade" da lei penal mais gravosa</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Por outro lado, acolher a promoção ministerial e receber a denúncia também implicaria retroagir no tempo para atingir o passado, já que à época dos fatos o Brasil ainda não estava vinculado às invocadas disposições e diretrizes de direito internacional público. Com efeito, a ordem jurídica interna brasileira prestigia, entre outros princípios de caráter geral, o denominado <i>tempus regit actum</i>. Tal princípio é igualmente caro ao direito brasileiro e tem diversas derivações, reflexos e correlações na ordem interna. Lembre-se, pois, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da ultratividade da lei penal mais benéfica, da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, entre outros. É certo, pois, que o direito, internacional ou interno, deve sempre operar em prol da segurança jurídica, que confere estabilidade e clareza de regras às relações jurídicas, sociais e internacionais. Qualquer alteração expressiva de rota que seja estabelecida, em relação ao que está sepultado no passado, deve ser vista com extrema cautela, sob pena de prestigiar justamente aquilo que o direito deve proscrever, a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade e imprevisibilidade das relações jurídicas, sociais e internacionais. Não se nega a relevância das disposições e diretrizes de direito internacional, invocadas pelo órgão ministerial; de fato, a partir de sua inserção no sistema jurídico interno, devem ser obedecidas, mas direcionadas às situações que ocorrerem após esse marco; ou seja: destinam-se a salvaguardar o futuro com base naquilo que se verificou no passado e que se quer evitar." <p>Anistia como pacificação</p> <p>"Por fim, não se trata, aqui, de acobertar atos terríveis cometidos no passado, mas sim de pontuar que a pacificação social se dá, por vezes, a duras penas, nem que para isso haja o custo, elevado, da sensação de "impunidade" àqueles que sofreram na própria carne os desmandos da opressão. Lembre-se, também, que não apenas opositores ao regime de exceção pereceram durante aquele difícil período. Há relatos e dados estatísticos que apontam a morte de inúmeras pessoas, militares e civis, que ou estavam em serviço ou eram meros inocentes, alheios às questões políticas que fervilhavam à época, os quais se encontravam na hora errada, no local errado e na circunstância errada; e morreram da mesma forma que a vítima deste processo. Para estas vítimas também seria válido o raciocínio desenvolvido pelo órgão ministerial, que poderia equivaler à anulação dos efeitos da anistia? Há vida que seja mais importante? A do opositor de um regime autoritário? A do defensor de tal regime? A do inocente que nada tinha a ver com tal disputa de poder? A resposta é uma só: todas as vidas são importantes e todas devem ser protegidas."</p> <p>Na ponderação entre princípios de direito internacional e nacional, a anistia deve ser mantida por abranger os "dois lados" da disputa (c)</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Por isso, compatibilizando-se e ponderando-se os princípios de direito internacional em consonância com os princípios e regras de direito interno, deve ser prestigiada a anistia alcançada, que abrangeu os dois lados da disputa. Como se vê no lapidar voto do Ministro EROS GRAU, no julgamento da ADPF nº 153, acima transcrito, a anistia foi uma verdadeira conquista e veio com sabor de vitória naquele momento histórico. E de fato foi uma vitória, tanto que foi reproduzida na Constituição Federal de 1988, que consolidou o Estado Democrático de Direito no Brasil. Houve acordo, houve transigência, houve a busca de uma solução pacífica voltada ao futuro, para que a democracia pudesse voltar a ser uma realidade concreta - e para isso era imprescindível apagarem-se os efeitos jurídicos dos atos violentos praticados por ambos os lados da disputa." • Aqueles que padeceram concretamente durante o período autoritário sabem bem o que significa e quais as consequências da instabilidade das regras, da insegurança nas instituições; é justamente isso o que devemos buscar evitar, ainda que mediante o custo elevado que se condensa no sentimento de impunidade, que é partilhado tanto por quem foi vítima das autoridades do governo de então, quanto dos opositores do regime que pegaram em armas para defender seus ideais. Que esse custo possa servir para direcionar nossas rotas futuras em busca da pacificação social com Justiça e da verdadeira evolução da sociedade."
Outros Argumentos	<p>Anistia como causa extintiva de punibilidade</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Como se verifica dos autos, os fatos descritos na vestibular ocorreram em abril de 1971, durante o regime de exceção, por muitos denominado ditadura militar, razão pela qual é forçoso reconhecer a extinção da punibilidade, em decorrência da concessão de anistia (art. 107, II, CP). Com efeito, a Lei n. 6.683/79 estabelece que os crimes políticos ou conexos com estes, considerando-se conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, perpetrados entre 02/09/1961 a 15/08/1979, foram anistiados (...) Nesse passo, deve ser dito que a anistia é uma das formas de extinção da punibilidade que se caracteriza pelo esquecimento jurídico do ilícito, concedida pelo Congresso Nacional, por meio de lei, não suscetível de revogação, e que possui como decorrência a extinção de todos os efeitos penais dos fatos, remanescentes apenas eventuais obrigações de natureza cível." <p>Anistia como esquecimento jurídico do ilícito</p> <ul style="list-style-type: none"> • "Nesse passo, deve ser dito que a anistia é uma das formas de extinção da punibilidade que se caracteriza pelo esquecimento jurídico do ilícito, concedida pelo Congresso Nacional, por meio de lei, não suscetível de revogação, e que possui como decorrência a extinção de todos os efeitos penais dos fatos, remanescentes apenas eventuais obrigações de natureza cível." • "Ela não se limita a excluir a pena, extingue o próprio crime e com ele todos os seus efeitos penais. Só lhe sobrevivem as obrigações de ordem civil. Caberá sempre ao responsável pelo dano o dever de indenizá-lo. O fato como crime cessa de existir, mas subsiste como acontecer histórico e dele podem resultar efeitos não-penais. Um destes é essa obrigação civil de

reparação. A anistia alcança o crime em qualquer momento da marcha do processo ou mesmo antes de que este se inicie ou depois da condenação. É uma medida de interesse público, motivada, de ordinário, por considerações de ordem política, inspiradas na necessidade da paz social. Dirige-se propriamente a determinados fatos, não a determinados indivíduos. Dela se aproveitarão todos aqueles que tenham participado de tais acontecimentos, salvo os que dela tenham sido excluídos, geralmente por circunstâncias particulares que agravam a sua situação em face do Direito. Em suma, a anistia não se destina propriamente a beneficiar alguém; o que ela faz é apagar o crime, e, em consequência, ficam excluídos de punição os que o cometem. Os fatos que ela atinge são comumente crimes políticos ou a eles conexos, ou crimes militares, eleitorais ou de imprensa. Visa, como diziam os antigos, ao esquecimento desses fatos no que eles representam de perturbador para a ordem e tranquilidade públicas. O crime comum numa medida de alcance coletivo é do domínio do indulto. Mas não falta exemplo de anistia que atinja, também crimes desse gênero. In BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral. t. 3 [pena e medida de segurança]. 5. ed. rev. e atual. [por Raphael Cirigliano Filho]. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 136-137.

A importância histórica da anistia e a sua reafirmação pela Emenda Constitucional n.26 de 1985

- Deve ser colocado em relevo que a Emenda Constitucional n. 26, de 27/11/1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, e redundou na promulgação da Constituição Federal de 1988, reafirmou, em seu artigo 4o, a anistia para os autores de crimes políticos ou conexos que foram praticados entre 02/09/1961 a 15/08/1979.
- "Portanto, a Lei da Anistia possui relevo histórico na superação do Estado de exceção, tendo sido expressamente reafirmada no ato convocatório da Assembleia Nacional Constituinte, que resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988."
• "Veja-se, portanto, o relevo histórico e jurídico que permeou as bases para o advento da nova ordem constitucional, inaugurada aos 05/10/1988: a conciliação e a superação dos males reconhecidamente praticados durante o período de exceção eram elementos inspiradores para a formulação de um novo Estado, que pudesse receber, com merecimento, os qualificativos de democrático e de direito. Não se pode, portanto, ignorar tal contexto quando se discute o instituto da anistia."

Lei de Anistia foi recepcionada pela CF/88/ Efeitos vinculantes da ADPF 153

- "É importante destacar, neste ponto, que o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento da ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF n. 153 reputou que os efeitos da anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 não foram afastados pela Constituição Federal de 1988, alcançando, portanto, os crimes políticos e conexos com estes, considerando-se conexos os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política, praticados pelos agentes civis e militares da repressão no período compreendido entre 02/09/1961 e 15/08/1979."
- "Como é sabido e consabido, a decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, 3º, Lei n. 9.882/99), no que evidentemente se enquadram o Poder Judiciário, o Ministério Público e os demais atores do sistema de distribuição de Justiça vigente no Brasil."
- "Se existe outra arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 320/DF), na qual o órgão ministerial considera que há boas chances de revisão do entendimento do E. STF, que se aguarde, pois, o pronunciamento do Pretório Excelso, único órgão que poderia, mesmo que obliquamente, deliberar de modo a cessar aplicação à decisão da ADPF 153. Até lá, a decisão da APDF 153 deve ser cabalmente respeitada."
- "Por fim, há que se ressaltar que, recentemente, a 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro-RJ recebeu denúncia por crimes supostamente praticados por agentes militares, durante o período de exceção (tal como no caso em tela), contra o então deputado RUBENS BEYRODT PAIVA. Assim constou da decisão proferida pelo Juízo de primeira instância: "Em janeiro de 1971, sob o aspecto formal, estava em vigor o Ato Institucional nº 05, de 13 de dezembro de 1968, por força das disposições do artigo 181, I, da Emenda nº 01/69. Entretanto, as condutas narradas na denúncia não possuíam validade (jurídica) nem se adequavam perante o sistema do artigo 5º do AI 05/68 e deveriam ser objeto da Lei Penal. ()A anistia consiste em hipótese de extinção da punibilidade a partir da edição de uma lei. Perante essa perspectiva, a vontade geral de um povo consagra que já não há mais interesse na persecução de dados crimes do passado. Nesse contexto, o artigo 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei de Anistia pela historiografia, abarca, apenas, os atos punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares, a exemplo do AI 05/68. (...)"O eminente magistrado de primeira instância considerou que apenas atos abarcados pelos atos institucionais poderiam ser considerados crimes políticos e, assim, passíveis de anistia, recebendo a denúncia e dando início à ação penal contra integrantes das Forças Armadas responsabilizados, em tese, pelo desaparecimento do então deputado federal. Tal decisão foi imediatamente submetida à apreciação da Suprema Corte, pelo mecanismo da Reclamação. Ainda em sede liminar, o Ministro Relator determinou a imediata suspensão da Ação Penal, por afronta direta à decisão vinculante emanada do Supremo Tribunal Federal: São relevantes os fundamentos deduzidos na presente reclamação. Em juízo de verossimilhança, não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/1979 (Lei de Anistia) e definido o âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros). O Relator reiterou, ainda, que a decisão proferida nos autos da ADPF 153 tem eficácia erga omnes e efeito vinculante, sendo exigível seu cumprimento por meio de Reclamação direcionada diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Assim, resta inequívoco que qualquer decisão que afaste a incidência da Lei de Anistia para persecução penal de supostos crimes políticos ou a eles conexos, estará afrontando ao quanto decidido pela Suprema Corte, em decisão proferida com efeito vinculante."

Na Reclamação proposta no caso Rubens Paiva, o STF reafirmou seu posicionamento sobre a Lei de Anistia (sendo esta decisão posterior à sentença do caso Araguaia)

- "Em outras palavras, por mais que a decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso "Gomes Lund vs. Brasil", que considerou que a Lei de Anistia brasileira não se adequava às regras do direito convencional, tenha sido posterior à decisão proferida nos autos da ADPF 153, é certo que a última manifestação da Suprema Corte sobre o tema deu-se posteriormente, nos autos da Reclamação supramencionada. Em tais autos, em decisão liminar ainda em vigor, a

	instância máxima do judiciário brasileiro reforçou o entendimento de que a Lei de Anistia foi recepcionada pelo ordenamento constitucional e encontra-se plena em eficácia e validade. Assim sendo, não cabe a este Juízo de primeira instância revisar o quanto decidido pela Suprema Corte, recebendo denúncia por fatos ocorridos há 48 anos e declarados anistiados por lei válida e constitucional. É o suficiente."
--	---

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (ACÓRDÃO)

Órgão Julgador	Tribunal Regional Federal Federal da 3ª Região (11ª Turma)	
Decisão	Acórdão deu provimento, por maioria, ao Recurso em Sentido Estrito a fim de receber a denúncia nos termos no voto divergente do Desembargador Fausto de Sanctis, com quem votou o Desembargador Federal Paulo Fontes. Restou vencido o Desembargador Federal José lunardelli, relator do caso.	
Aborda a tese sobre a categoria de CCH?	Sim	
Esta tese é aceita ou refutada?	Aceita	
Argumentos utilizados pela decisão a respeito da categoria de CCH	<p>Direito Internacional dos Direitos Humanos</p> <p>Os fatos constituem graves violações de direitos humanos</p> <ul style="list-style-type: none"> “No caso de crimes praticados por agentes estatais contra a população civil, valendo-se do aparato repressor institucionalizado no escopo de combater subversivos ao regime político-militar, observa-se nítida violação das garantias fundamentais acima transcritas, porquanto transgressores dos mencionados limites da ordem constitucional, os quais tinham o dever de respeitar.” <p>A perseguição sistemática e organizada empreendida durante a ditadura militar se enquadra no conceito de crime contra a humanidade</p> <ul style="list-style-type: none"> “O parágrafo 35 do artigo 150 da Constituição de 1967 prevê a ampliação do rol de direitos fundamentais mediante a inclusão de outras garantias compatíveis com o regime e os princípios da ordem constitucional. Essa dilatação dos direitos fundamentais contempla os princípios e obrigações reconhecidos no plano do direito internacional, no qual se sedimentou a garantia de persecução penal das graves violações de direitos humanos, impondo a irrecusável punibilidade dos crimes de lesa-humanidade, categoria na qual se insere a perseguição sistemática e organizada, empreendida por agentes estatais contra a população civil com o objetivo de combater dissidentes políticos, mediante o cometimento de crimes como prisão ilegal, tortura, execução sumária e desaparecimento forçado.” <p>A persecução dos crimes contra humanidade (frente à sua imprescritibilidade) é norma imperativa do direito internacional e deve ser cumprida pelo Estado</p> <ul style="list-style-type: none"> O fato de, apenas após a redemocratização, o Brasil ter aderido a pactos que demandam a punibilidade de crimes de lesa-humanidade (como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), não significa que até então o País estava autorizado a anistiar ou a tolerar a prescrição de crimes atrozes, declinando da dignidade da pessoa humana, que já estava esculpida como valor fundamental da humanidade no próprio texto constitucional então vigente e o <i>jus cogens</i> internacional. <p>Portanto, o respeito aos direitos humanos no que tange à persecução dos crimes contra a humanidade deve ser considerado norma imperativa do direito internacional, compromisso do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia) seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter a própria ordem constitucional, observando-se, ainda, que o decurso do tempo, <i>in casu</i>, funcionaria como uma anistia às avessas, igualmente infundada. Dessa forma, a punibilidade em relação aos crimes denunciados não foi atingida pela anistia nem pela prescrição, insubsistindo fundamento, no Estado de Direito, para a sua legitimação, quer no passado, quer no presente, quer no futuro.</p> <p>Analizando os elementos coligidos nesta relação processual, reputo caracterizada a justa causa da presente ação penal, uma vez que presentes tanto elementos aptos a indicar a materialidade delitiva como indícios de autoria dos crimes perpetrados, sem prejuízo de consignar que os fatos narrados na inicial acusatória se subsomem aos correspondentes tipos penais, ausente qualquer causa apta a extinguir a punibilidade dos agentes.”</p>	<p>Sistema</p>

	Interamericano de Direitos Humanos	
	Direito Interno	<p>Julgamento da ADPF nº 153 não exaure o exame do alcance e da validade da anistia versada na Lei nº 6.683/1979</p> <ul style="list-style-type: none"> “Julgamento da ADPF nº 153 que não exaure o exame do alcance e da validade da anistia versada na Lei nº 6.683/1979. Além do julgamento de embargos de declaração, onde se questiona a extensão material da anistia aos crimes de homicídio, estupro e tortura, a Corte Suprema ainda apreciará o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320, por meio da qual se propugna a inaplicabilidade da Lei de anistia aos crimes de grave violação de direitos humanos cometidos por agentes públicos.” <p>A anistia deve respeitar o Estado de Direito</p> <ul style="list-style-type: none"> “Embora a anistia seja tida como ato soberano estatal, não pode ser propagada com arbítrio desmedido, com abuso do poder de legislar, em desajuste total com o Estado de Direito ao qual deve se amoldar. Antes, encontra-se a ele submissa, exigindo-se que o Estado Constitucional submeta-se, sempre, ao conjunto de limites estabelecido pelo Poder Constituinte, dentro dos critérios de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, observando, inclusive na edição de leis, o chamado devido processo legal substantivo, sob pena de abuso do poder de legislar.” Nessa ótica, já sob a luz da Carta Constitucional de 1967, a única interpretação viável da Lei nº 6.683/1979, dentro do espírito republicano, da legalidade, do devido processo legal, da moralidade, e, notadamente da dignidade da pessoa humana, passa pela preservação do direito de punir as graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos, tornando inadmissíveis a anistia, a prescrição ou qualquer outra medida extintiva da punibilidade que impeça a persecução penal.” <p>A anistia abrange apenas crimes políticos e não graves violações de direitos humanos (a, c)</p> <ul style="list-style-type: none"> “Os crimes atingidos pela anistia são os políticos, ou aqueles conexos com estes, assim entendidos os crimes de qualquer natureza praticados por motivação política, não abrangendo graves violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais.”
Outros Argumentos		
Há voto divergente (vencido)?	Sim.	
*VOTO VENCEDOR (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO)		
Juiz(a)	Fausto de Sanctis	
Decisão	Votou pelo recebimento da denúncia.	
Abrda a tese do CCH?	Sim	
A tese do CCH é aceita ou refutada?	Aceita	
Argumentos Utilizados em Relação à Tese do CCH	Direito Internacional dos Direitos Humanos	<p>Não se admite a concessão de anistia a crimes contra a humanidade</p> <ul style="list-style-type: none"> “Essa dilatação dos direitos fundamentais contempla os princípios e obrigações reconhecidos no plano do direito internacional, no qual se sedimentou a garantia de persecução penal das graves violações de direitos humanos, impondo a irrecusável punibilidade dos crimes de lesa-humanidade, categoria na qual se insere a perseguição sistemática e organizada, empreendida por agentes estatais contra a população civil com o objetivo de combater dissidentes políticos, mediante o cometimento de crimes como prisão ilegal, tortura, execução sumária, desaparecimento forçado. <p>Oportuna a transcrição de excerto do parecer da Procuradoria Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 320, em 28.08.2014 (Procuradoria-Geral da República. Parecer na ADPF nº 320, in www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&ipo=App=.pdf, acessado em 08.03.2018, onde se veicula minucioso apanhado de enunciados do direito internacional costumeiro, destinadas à proteção dos direitos humanos em matéria de crimes contra a humanidade, primeiramente conceituando e estabelecendo competências para o julgamento desses crimes, e posteriormente com a reprovabilidade de quaisquer obstáculos à punibilidade, inclusive a anistia ou a prescrição.”</p>

	<ul style="list-style-type: none"> “O fato de, apenas após a redemocratização, o Brasil ter aderido a pactos que demandam a punibilidade de crimes de lesa-humanidade (como o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), não significa que até então o País estava autorizado a anistiar ou a tolerar a prescrição de crimes atrozes, declinando da dignidade da pessoa humana, que já estava esculpida como valor fundamental da humanidade no próprio texto constitucional então vigente e o <i>jus cogens</i> internacional. Portanto, o respeito aos direitos humanos no que tange à persecução dos crimes contra a humanidade deve ser considerado norma imperativa do direito internacional, compromisso do qual o Estado brasileiro não poderia dispor, seja por ato de vontade (anistia) seja por inércia (prescrição), sob pena de subverter a própria ordem constitucional.” “Dessa forma, a punibilidade em relação aos crimes denunciados não foi atingida pela anistia nem pela prescrição, insubsistindo fundamento, no Estado de Direito, para a sua legitimação, quer no passado, quer no presente, quer no futuro.”
Sistema Interamericano	
Direito Interno	<p>O julgamento da ADPF 153 não exaure o exame da validade da Lei de Anistia</p> <ul style="list-style-type: none"> “entendo que referido julgamento (ADPF n. 153) não exaure o exame do alcance e da validade da anistia versada na Lei nº 6.683/1979. Além do julgamento de embargos de declaração, onde se questiona a extensão material da anistia aos crimes de homicídio, estupro e tortura, a Corte Suprema ainda apreciará o mérito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320, por meio da qual se propugna a inaplicabilidade da Lei de anistia aos crimes de grave violação de direitos humanos cometidos por agentes públicos.” <p>A anistia e a prescrição de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Constituição de 1967</p> <ul style="list-style-type: none"> “Do rol de direitos e garantias fundamentais constantes do artigo 150 da Constituição de 1967, então em vigor por ocasião da Lei de anistia, vale destacar certos limites que atuam como cláusula inquebrantável de intangibilidade do ser humano, como decorrência do preceito da dignidade da pessoa humana: § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 14, de 1969 / § 12 - Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal. / § 13 - Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. A lei regulará a individualização da pena. / § 14 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. / § 15 - A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção. No caso de crimes praticados por agentes estatais contra a população civil, valendo-se do aparato repressor institucionalizado no escopo de combater subversivos ao regime político-militar, observa-se nítida violação das garantias fundamentais acima transcritas, por quanto transgressores dos mencionados limites da ordem constitucional, os quais tinham o dever de respeitar.” “Nessa ótica, já sob a luz da Carta Constitucional de 1967, a única interpretação viável da Lei nº 6.683/1979, dentro do espírito republicano, da legalidade, do devido processo legal, da moralidade, e, notadamente da dignidade da pessoa humana, passa pela preservação do direito de punir as graves violações de direitos humanos cometidas por agentes públicos, tornando inadmissíveis a anistia, a prescrição ou qualquer outra medida extintiva da punibilidade que impeça a persecução penal.” <p>A lei de anistia é restrita aos crimes políticos e conexos, não abrangendo crimes de homicídio, tortura, sequestro, etc praticados por agentes estatais</p> <ul style="list-style-type: none"> “E de fato, a Lei nº 6.683/1979 não garante impunidade imoderada, restringindo o alcance da anistia (...) Como se denota do texto normativo, os crimes atingidos pela anistia devem ser políticos, ou conexos com estes, assim entendidos os crimes de qualquer natureza praticados por motivação política. Não abrange graves violações de direitos humanos praticadas por agentes estatais. E a motivação do homicídio somente poderia ser averiguada num procedimento próprio que a lei iria disciplinar e acabou não sendo editada.” “Vale observar ainda que, ao integrar a anistia à nova ordem jurídica, o artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, ratificou os limites da anistia mediante o emprego de uma expressão mais contida, referindo-se apenas a <i>crimes políticos ou conexos</i> - sem mencionar <i>crimes de qualquer natureza</i>, e, no que se referiu aos agentes estatais vinculou o alcance apenas a atos de exceção, institucionais ou complementares: <p><i>Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta</i></p>

		<p><i>e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.</i></p> <p>§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.” • “Frente a tais considerações, a anistia não pode ser entendida como se abarcasse os crimes de homicídio, tortura, sequestro, etc., praticados por agentes estatais contra dissidentes do regime militar.”</p>
Outros argumentos		
*VOTO DIVERGENTE /VENCIDO (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO)		
Juiz(a)	José Lunardelli (relator)	
Decisão	Negou provimento ao Recurso em Sentido Estrito, votando pela rejeição da denúncia.	
Aborda a tese do CCH?	Não.	
A tese do CCH é aceita ou refutada?	Não se aplica.	
Argumentos Utilizados em Relação à Tese do CCH	Direito Internacional dos Direitos Humanos	
	Sistema Interamericano	
	Direito Interno	
Outros argumentos	<p>Validade da Lei de Anistia / Efeito vinculante da ADPF 153</p> <ul style="list-style-type: none"> “Não se pode, hodiernamente, controverter acerca da recepção, com plena normatividade, das disposições da Lei 6.683/79 e da Emenda Constitucional 26/85 (emenda ao texto constitucional de 1967), no que tange à anistia de todos os abarcados pela extensão material e temporal de suas disposições. Isso porque o tema foi objeto de expresso pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, relator o Ministro Eros Grau. No julgado, firmou-se, com efeito vinculante, a decisão de que os pre citados enunciados veiculadores de anistia a agentes estatais e combatentes contrários ao regime instaurado em 1964 foram recepcionados pela Ordem Constitucional inaugurada em 05 de outubro de 1988. <p>Lei de Anistia como processo negociado de perdão e reconciliação</p> <ul style="list-style-type: none"> “Trata-se, bem se sabe, da chamada “Lei de Anistia”, a qual foi anunciada como medida para o perdão e a exclusão, para efeitos penais, de todos os atos políticos ou “conexos” (entendida essa expressão em sentido amplo e pouco técnico, no sentido de “relacionados”), no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 - ou seja, dos dias que antecederam a posse do Presidente João Goulart até o período imediatamente anterior à promulgação da própria Anistia, compreendendo mais de quinze anos do regime de exceção, além do período anterior já referido. A intenção, conforme expresso pelos autores políticos e sociais envolvidos em sua promulgação, era conferir anistia “ampla, geral e irrestrita”, formulação abrangente que foi tema de franca defesa por entidades e setores da sociedade. Embora houvesse, e ainda possa haver, controvérsia política sobre a correção de se estender os efeitos de anistia a todos os atos, inclusive os praticados por membros do aparato repressivo do Estado brasileiro de então, é patente que foi essa a opção legislativa ao se dar a ampla abrangência que se vê no texto do art. 1º da Lei 6.683/79. Cuida-se de opção política, vertida em comando jurídico (de validade indiscutível, ante o decidido na ADPF 153), e que traduz um processo de passagem de ordens jurídicas e regimes, processo este em que se optou pelo caminho da concórdia, da negociação e da continuidade das instituições. Não me refiro, obviamente, a práticas incabíveis ou abomináveis em uma democracia respeitadora de direitos humanos, mas a um arcabouço institucional básico, e a uma solução que se afigurasse possível e aceitável para o maior número de setores da sociedade e do Estado.” “Não olvido os questionamentos de ordem histórica acerca do nível de forças política, física e econômica de cada um dos setores envolvidos (em especial do regime que ajudou a patrocinar a lei em questão e seu aparato econômico e armado). Eles, porém, não têm o condão de invalidar ou tirar o valor do núcleo histórico da anistia como processo amplo e negociado. Pensar o inverso implicaria retirar parcela relevante da legitimidade da própria Constituição de 1988, convocada já nos estertores do regime militar, mas ainda sob negociação e etapa de transição das quais participaram ativamente os líderes políticos que comandavam a República (bastando lembrar que senadores conhecidos como “biônicos” - porquanto indicados pelo regime - participaram do próprio processo de elaboração da Carta Cidadã). Implicaria, também, desconsiderar a manutenção desse grande pacto conciliatório - ou de despenalização e descriminalização dos crimes políticos e “conexos” do período - mesmo após a mudança do panorama político e do “jogo de forças” depois do implemento da democracia e de alterações diversas no cenário nacional. Implicaria, outrossim, negar o apoio efetivo que diversas entidades da maior 	

relevância e sem qualquer ligação ou interesse conectado ao regime de então conferiram ao conceito de anistia ampla, geral e irrestrita como abarcadora de crimes cometidos por pessoas em todas as condições, dos membros da luta política e armada contra o regime de exceção aos agentes do aparato de repressão patrocinado ou diretamente organizado pelo Estado brasileiro sob o mesmo regime.”

• “A Lei de Anistia, por tudo que expus e pelo contexto histórico de conhecimento geral, foi etapa fundamental do restabelecimento do Estado de Direito efetivo no Brasil. É, nesse sentido, lei da maior excepcionalidade, traduzida como medida de consenso entre setores relevantes da sociedade e do meio político, bem assim do comando do governo militar, para iniciar a transição final com o reencontro de milhares de pessoas presas, torturadas ou exiladas, que poderiam retornar à liberdade ou ao território nacional por meio da medida. Tratando-se de acordo, e não de uma batalha em que se separam vencedores e vencidos, o caminho escolhido foi o da concórdia, com a consequente impossibilidade jurídica de punição individual tanto dos jovens que se lançaram em armas na luta contra a opressão, quanto de agentes estatais de diversos tipos que, nos mais variados contextos, impuseram sevícias ou a morte a brasileiros até o final dos anos 1970.

Reitero: pode haver controvérsia teórica ou política acerca de ter sido a melhor das soluções para a Nação; não, todavia, de ter sido essa a solução concertada, aprovada e incorporada ao ordenamento brasileiro, não cabendo ao Poder Judiciário ou a outros órgãos não legislativos excluir ou desconsiderar aquilo que um enunciado normativo de claro caráter amplo e geral, abarcador das mais diversas situações criminosas praticadas no contexto da defesa da ditadura ou do combate a ela, impõe. É esse o sentido histórico e teleológico atribuíveis ao comando descriminalizador do art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei 6.683/79.”

Anistia como causa extintiva de punibilidade

• “É tal, igualmente, o sentido dado pela Suprema Corte às disposições da Lei de Anistia, no já referido julgado com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, nos termos do art. 102, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Diga-se, ainda em termos gerais, ser cristalino que a Lei de Anistia se volta inclusive para o “esquecimento” - exclusivamente do ponto de vista penal, esclareça-se - de fatos gravíssimos, praticados em um contexto de repressão generalizada às dissidências populares, artísticas e políticas ao regime militar. A simples observação dos itens 3 e 4 da ementa transcrita acima são didáticos a respeito. De resto, é evidente que um dos escopos da anistia em questão foi assentar a impossibilidade de persecução penal dos fatos típicos praticados por tais agentes no precitado contexto. Hipótese contrária não apenas ignoraria todos os registros e aspectos históricos da época (a exemplos dos trazidos *supra*), como também a própria moldura semântica da Lei 6.683/79, que claramente não traz em si limitação no que se refere a graves crimes praticados por agentes do aparato repressor de Estado. Nesse sentido, creio que o vocábulo “todos” (Lei 6.683/79, art. 1º, *caput*), limitado apenas pelas exceções do art. 1º, § 2º, do estatuto em questão, seja autoexplicativo em sua abrangente literalidade. Portanto, estando bem fixado que o Supremo Tribunal Federal inequivocamente assentou a validade da Lei de Anistia e a impossibilidade de revisitar em termos jurídico-penais os atos por ela abarcados, analiso se a denúncia traduz hipótese concreta dessa natureza.”