

Lei brasileira da anistia: os conflitos entre o acordo social e a cooperação internacional*

The brazilian's amnesty law: conflicts between social agreement and international cooperation

Yuri Sahione Pugliese¹

Resumo

A Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79), mecanismo político-jurídico de fundamental importância para a consolidação da democracia no Brasil pós-regime ditatorial, traz desafios para o ideal de cooperação e de jurisdição internacional. A anistia, por ser ampla e conceder o perdão a bárbaros crimes de Estado, entra em conflito com o entendimento de outras nações e de Tribunais Internacionais de que crimes praticados pelo Estado e que afrontam direitos humanos são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia. No centro desse conflito está a decisão do STF, na ADFP nº 130, que, afastando a possibilidade do reconhecimento da prática de crimes contra a humanidade pelo Estado, manteve íntegros os limites do perdão. Assim, partindo da posição assumida pelo STF, o presente artigo terá como objetivo analisar as consequências jurídicas de tal decisão no que concerne ao dever internacional de cooperar com as demais nações, especialmente com aquelas que pretendem instaurar a persecução penal em face de tais agentes. A análise proposta terá duas perspectivas: (i) a dos pedidos de extradição passivos relativos aos crimes de lesa-humanidade praticados no estrangeiro durante o período de abrangência da anistia; (ii) a dos pedidos de extradição passivos relativos aos crimes de lesa-humanidade praticados no estrangeiro durante o período de abrangência da anistia, considerando que um ou mais atos de execução podem ter sido praticados no Brasil ou com a conivência/participação do Estado brasileiro (i.e. Operação Condor).

Palavras-chave: Anistia. Crimes contra a humanidade. Cooperação internacional. Extradição.

Abstract

The Amnesty Law (Law nº 6.683/79), a juridical-political mechanism of fundamental importance to the consolidation of the democracy in Brazil after the dictatorial regime, brings challenges to the ideal of international cooperation and jurisdiction. The amnesty, due to its amplitude and because it conceives forgiveness to barbaric crimes perpetrated by the State, is in conflict with the understanding of other nations and International Tribunals. They understand that crimes perpetrated by the State that put human rights in jeopardy are imprescriptible and non susceptible to amnesty. In the heart of this conflict is the Supreme Federal Tribunal's decision on the ADFP nº 130 which, standing back from recognizing the practice of crimes by the State against humanity, maintained intact the limits of forgiveness. Then, beginning

* Artigo recebido em: 10/01/2012.
Artigo aprovado em: 07/04/2012.

¹ Advogado, Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pelo Instituto AVM/Universidade Cândido Mendes, Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

from the position assumed by the SFT, the present paper will have as a goal the analysis of the juridical consequences of such decision with respect to the international duty of cooperating with other nations, specially those that intent to establish the penal persecution in face of such agents. The purposed analysis will have two perspectives: (i) the one concerning the passive requests for extradition regarding crimes against humanity that took place in alien lands during the period inside the scope of the amnesty law; (ii) the perspective concerning the passive requests for extradition regarding crimes against humanity that took place in alien lands during the period inside the scope of the amnesty law considering that one or more execution acts could have been made by Brazil or with the collaboration/participation of the Brazilian State (i.e. Condor Operation)

Keywords: Amnesty. Crimes against humanity. International cooperation. Extradition.

1 Introdução

Em 01 de abril de 1964, os militares brasileiros, liderados pelo Comando Supremo da Revolução,¹ destituíram o Presidente João Goulart do poder, decretando-se o início do governo militar. O Brasil, que vivia ares de um possível governo populista com as reformas propostas pelo Presidente João Goulart,² passou a ser governa-

do, até 1985, por membros das Forças Armadas,³ que não só assumiram a chefia do Poder Executivo, mas diversos cargos-chave da administração pública. Para conter a ameaça do comunismo, o Estado brasileiro foi devidamente aparelhado não só por militares, mas também por simpatizantes do regime.

Entre 1964 e 1985, o Brasil, tal qual outros países da América Latina, sofreu com violentos, cruéis e sangrentos conflitos tendo de um lado civis inconformados com o regime e, de outro, os militares golpistas representando o Estado. Com alguns contornos de guerra civil, o regime militar brasileiro foi marcado pela tentativa de

³ Vejamos o histórico realizado pela CIDH no voto proferido no caso *Gomes Lund vs Brasil*: “85. Em abril de 1964, um golpe militar depôs o governo constitucional do Presidente João Goulart. A consolidação do regime militar baseou-se na Doutrina da Segurança Nacional e na promulgação de sucessivas normas de segurança nacional e normas de exceção, como os atos institucionais, “[...] que funcionaram como pretense marco legal para dar cobertura jurídica à escalada repressiva”. Esse período foi caracterizado “[...] pela instalação de um aparelho de repressão que assumiu características de verdadeiro poder paralelo ao Estado”, e chegou ao seu “mais alto grau” com a promulgação do Ato Institucional nº. 5 em dezembro de 1968”. Entre outras manifestações repressivas nesse período, encontra-se o fechamento do Congresso Nacional, a censura completa da imprensa, a suspensão dos direitos individuais e políticos, da liberdade de expressão, da liberdade de reunião e da garantia do habeas corpus. Também se estendeu o alcance da justiça militar, e uma Lei de Segurança Nacional introduziu, entre outras medidas, as penas perpétua e de morte. 86. Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil. Posteriormente, durante “[...] os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “[...] oficialmente não houve mortes nas prisões, todos os presos políticos mortos, desapareceram [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”. (COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos: caso *Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil, São José, 24 nov. 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 jun. 2011).

¹ O Comando Supremo da Revolução era composto por três membros: o brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo (Aeronáutica), o vice-almirante Augusto Rademaker (Marinha) e o general Artur da Costa e Silva. (CASTRO, Celso. *O golpe de 1964 e a instauração do regime militar*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964.>. Acesso em: 25 jun. 2011).

² João Goulart propôs um plano de reformas denominado reformas de base, no qual eram incluídas as reformas bancária, fiscal, urbana, eleitoral, agrária e educacional. Propunha também o direito de voto para os analfabetos e para os militares de patentes subalternas. Além disso, eram propostas medidas de corte nacionalista, com maior intervenção do Estado na vida econômica e maior controle dos investimentos estrangeiros no país, mediante a regulamentação das remessas de lucros para o exterior (FERREIRA, Marieta de Moraes. *As reformas de base*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/As_reformas_de_base>. Acesso em: 25 jun. 2011).

se extirpar um pensamento ideológico, utilizando-se de todos os meios possíveis, ainda que inadmissíveis.⁴

Após a posse do Gal. João Baptista Figueiredo, o último presidente militar, em 1979, um armistício era entabulado no Congresso Nacional entre representantes da sociedade e os militares. Terminadas as negociações, muito embora até hoje se conteste a credibilidade destas, em 1979 foi promulgada com 15 artigos a Lei nº 6.683/79, conhecida como a Lei da Anistia.

De todos os seus artigos, é justamente o primeiro⁵ que vem suscitando acalorados debates, até os dias atuais, relacionados ao alcance material da anistia. Enquanto a Lei da Anistia se posicionava como uma pedra no caminho de quem tentasse iniciar a perseguição criminal, em face dos agentes estatais que teriam perpetrado atos de barbáries, restou aos civis anistiados buscarem a reparação dos danos sofridos por meio da jurisdição civil.

Diante dessa conformação jurídica, passou-se a acreditar que o Brasil iria alcançar a pacificação social por meio de indenizações por perdas e danos a serem pagas pelo Estado, pois, em razão da anistia, estava abolida a via da perseguição penal. No entanto, tudo não passou de mera crença.

À medida que as vítimas e/ou seus familiares ingressavam em juízo para obter informações e relatos ofi-

ciais sobre o que fora praticado pelos militares em face dos mesmos ou ainda para ter informações sobre o paradeiro daqueles vitimados por desaparecimentos forçados, o Estado brasileiro, peremptoriamente, recusou-se a cumprir ordens judiciais fundamentadas no direito à verdade.⁶

A recalcitrância do Estado brasileiro em descumprir decisões judiciais que davam eficácia a direito fundamental à informação sobre desaparecidos, consagrado internacionalmente,⁷ levou à propositura de representação contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), estabelecida em São José, na Costa Rica.

Em 29 de março de 2009, a CIDH ajuizou a demanda nº 11.552, Júlia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), contra a República Federativa do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), situada em São José, na Costa Rica. A demanda tinha como pedido a condenação do Estado a dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos, consistentes nos desaparecimentos forçados, torturas e execuções extrajudiciais, afirmando a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre sigilo de documentos com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Paralelamente à atuação da CIDH, em 2002, com a vitória nas urnas do então candidato Luis Inácio Lula da Silva, surgia uma dúvida no cenário nacional sobre qual seria a postura do governo em relação aos atos praticados pelos militares durante o período da ditadura. Apesar do longo tempo passado desde o fim do governo militar e da promulgação da Lei da Anistia, o debate ainda ganhava contornos de seriedade, pois, pela primeira vez na história do Brasil, ascendia um governo que se autointitulava de esquerda e cujos ministros e principais assessores tinham sido importantes protagonistas do embate civil ocorrido naquela época.

⁴ Segundo afirmado pelo Min. Celso Mello, no voto proferido no julgamento da ADPF nº 153: “Surgem, então, personagens sinistros e instituições sombrias, sob cuja égide e autoridade praticaram-se, covardemente, delitos criminosos contra os que se opunham ao regime político, e que foram submetidos a atos de inaudita vilania, como a prática do homicídio, do seqüestro, do desaparecimento forçado de pessoas e de sua eliminação física, de violência sexual e de tortura.”

⁵ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos 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 (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. §2º - Excetua-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.

⁶ Sobre o tema, vide item D (“Ações judiciais e acesso à informação”) do capítulo IX do voto do caso Gomes Lund vs Brasil. (COSTA RICA. *Corte interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. São José, 24 nov. 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 jun. 2011).

⁷ O direito à informação sobre desaparecidos tem sua previsão nos arts. 32 e 33 do Protocolo Adicional I à Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais.

Foi no ano de 2008 que o tema da justiça de transição voltou com mais força ao debate, quando o Ministério da Justiça realizou em 31 de julho um seminário para discutir os limites e possibilidades para a responsabilização jurídica dos agentes violadores de direitos humanos durante o estado de exceção no Brasil.⁸ Justamente no ano em que comemorava os 20 anos da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, o Brasil deu sinais claros de que a ferida ainda continuava aberta e que a tão anunciada reconciliação social não tinha chegado ao seu fim.^{9 10}

Aproveitando-se do momento político, em especial da pública e notória insatisfação do Ministério da Defesa com o retorno do tema à pauta política, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ainda no ano de 2008, ajuizou ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF nº 153) com a finalidade de que fosse dada à Lei da Anistia “[...] interpretação conforme a Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes, políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”.¹¹

Na referida ação, a OAB pediu que a Corte Suprema declarasse a não recepção no ordenamento brasileiro, especialmente após a edição da Constituição Federal de 1988, disposta no art. 1º, § 1º, da Lei 6.683, de 19 de dezembro de 1979.

⁸ CARTA MAIOR. Audiência debate responsabilização de crimes cometidos na ditadura, São Paulo, 28 jul. 2008. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=15155&boletim_id=445&componente_id=8012>. Acesso em: 10 jun.2011.

⁹ É importante o registro constante na reportagem da revista *Época*, o qual retrata a crise política instaurada quando das discussões dentro do governo do Decreto relativo ao III Programa Nacional dos Direitos Humanos. Na época, diante da possibilidade de se buscar a revisão da Lei da Anistia, militares do alto escalão do Ministério da Defesa pediram demissão de seus cargos (ROCHA, Leonel. Cacofonia oficial. *Revista Época*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0emi116453-15223,00-cacofonia+oficial.html>>. Acesso: 12 jun.2011).

¹⁰ A revista Carta Capital fez reportagem em fevereiro de 2011 a partir de documentos – sigilosos – divulgados pelo sítio da *internet* wikileaks de que o já Presidente Lula estaria receoso de abrir os arquivos da ditadura (POLÍTICA. *Carta Capital*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/wikileaks-lula-deixou-a-faxina-para-outros-nos-arquivos-da-ditadura>>. Acesso em: 15 jun. 2011).

¹¹ Texto constante do item “b” do pedido da ação.

Em 28 de abril de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou improcedente a arguição, afirmando a impossibilidade de ser instaurada a persecução penal em face dos autores dos crimes perpetrados pelo Estado brasileiro durante as quase duas décadas de regime militar.

A decisão do STF foi proferida 07 meses antes do julgamento definitivo do “Caso Lund” pela CIDH, que, em 24 de novembro de 2010, reafirmando a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial; a obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos, condenou o Brasil.

Muito embora o julgamento pelo STF tenha antecedido a condenação do Brasil pela CIDH, já era de conhecimento do Poder Judiciário brasileiro o posicionamento da Corte sobre o assunto, quando os julgamentos dos casos Barrios Altos e La Cantuta, originados da República do Peru, e Almonacid Arellano, originado da República do Chile. As consequências da divergência de posicionamentos entre a Corte Constitucional brasileira e a CIDH, ao contrário do que pode parecer, não ficaram adstritas à posição do Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Tratando-se de decisão com efeitos *erga omnes* e vinculante,¹² a posição adotada pelo STF trouxe importantes consequências jurídicas para o Brasil como membro da comunidade internacional, no que tange aos pedidos de cooperação internacional em matéria penal, mais especificamente em relação aos pedidos de extradição. Explica-se: à medida que, para o deferimento dos pedidos de extradição é necessária a conformação em ambos os Estados (requerente e requerido) de condições de tipicidade e de punibilidade, a anistia aos crimes praticados pelos militares pode causar óbices insuperáveis ao deferimento dos pedidos de extradição passiva.

¹² Sobre o efeito *erga omnes* das decisões proferidas em ações de arguição de descumprimento de preceito fundamental, o art. 10, §3º, da Lei 9.882/99, estabelece: “Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. § 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Assim, partindo da posição assumida pelo Brasil, o presente artigo terá como objetivo analisar as consequências jurídicas do não reconhecimento dos crimes praticados pelos agentes estatais no período do regime militar como crimes de lesa-humanidade (*crimes against humanity*), no que concerne ao dever internacional de cooperar com as demais nações, especialmente com aquelas que pretendem instaurar a persecução penal em face de tais agentes.

A análise proposta terá duas perspectivas: (i) a dos pedidos de extradição passivos relativos aos crimes de lesa-humanidade praticados no estrangeiro durante o período do governo militar, mas, se um ou mais atos de execução podem ter sido praticados no Brasil ou com a conivência/participação do Estado brasileiro (“Operação Condor” – Extradição. 974/AR); e (ii) a dos pedidos de extradição passivos relativos aos crimes de lesa-humanidade praticados no estrangeiro durante o período do governo militar (Extradição 1.150/AR).

2 Atos praticados pelos governos militares e os crimes de lesa-humanidade

Com a perspectiva da vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial, iniciava-se o debate internacional sobre qual deveria ser o tratamento jurídico dado aos crimes praticados pelos japoneses e, especialmente, pelos alemães que promoveram atrocidades contra pessoas de etnia judaica. A partir da instituição e atuação dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, formaram-se precedentes internacionais que foram sendo ratificados ao longo dos últimos anos por outros Tribunais e consolidados em instrumentos internacionais de Direitos Humanos.

Mesmo que diversos países tenham reconhecido no plano internacional a legitimidade e legalidade dos precedentes, no plano interno ainda existem dificuldades jurídicas e culturais a serem superadas. As mais evidentes são: (i) a não harmonização entre os sistemas de *civil law* (interno) e *common law* (internacional); e (ii) a possibilidade de existirem posicionamentos divergentes entre as Cortes Constitucionais e os Tribunais Internacionais.¹³

¹³ As divergências citadas serão exploradas nos itens 1.2 e 1.3 deste artigo.

É nesse contexto de insegurança jurídica que está posta a questão, envolvendo o reconhecimento dos atos praticados pelos governos militares, como crimes contra a humanidade. A problemática sobre os atos praticados pelos militares durante os regimes ditatoriais será mais bem contextualizada abaixo, com apresentação das perspectivas dos precedentes dos Tribunais Internacionais, da CIDH, da doutrina internacional e, por fim, do entendimento da Corte Constitucional brasileira.

2.1 A perspectiva dos precedentes dos tribunais internacionais

Os Tribunais Internacionais surgem a partir de um sentimento internacional de que certos atos praticados pelos seres humanos transcendem a noção de humanidade, alcançando o *status* de cruéis e atroz, ou seja, que banalizam o mal.¹⁴

A vontade de reprimir criminalmente tais fatos esbarrava em óbice material tão importante quanto a necessidade de evitar a impunidade, qual seja, a inexistência de tipos penais anteriormente previstos. À minguada da legalidade, tal como consagrada por Beccaria,¹⁵ *nulum crimen sine lege previa*, a punição das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial parecia impossível.

Contra a “barreira da legalidade”,¹⁶ construiu-se um entendimento, com contornos jusnaturalistas, baseado no *ius gentium*. Em outras palavras, pretendia-se promover a persecução penal em razão de atos que violavam normas pré-estatais, metalegais e pré-jurídicas, que correspondiam a normas de cultura próprias do atual estágio

¹⁴ O conceito de banalização do mal foi desenvolvido pela filósofa: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 329.

¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983. p.116.

¹⁶ Assinalam Sushek e Vieta que “*Ante esta situación, los jueces e fiscales Del Tribunal de Nuremberg buscaron distintas estrategias para evitar contradecir dicho principio, por tal motivo, en el escrito de La acusación se insiste en confundir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, concluyendo con una sentencia donde se resumieron bajo El concepto de crímenes de guerra, a los realizados contra La humanidad.*” [...] “*El concepto de los crímenes contra la humanidad, que el Estatuto había dejado entrar por una pequeña puerta, se alejó a través de la sentencia.*” (SUSHEK, Adriana; VIETA, Carina. *Corte penal internacional*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2003. p. 37).

da civilização cristã ocidental,¹⁷ muito embora inexistisse à época qualquer tipo penal internacionalmente criado.

Com essa perspectiva, entre 1945 e 1946, foram constituídos os Tribunais Militares de Nuremberg e Tóquio, com a finalidade de julgar violações às leis e costumes de guerra, nos quais estariam inseridos os crimes contra a humanidade. Anos depois, pode-se dizer que o julgamento de Nuremberg influenciou o texto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1976,¹⁸ quando se mitigou o princípio da legalidade para afirmar a possibilidade de existência de crimes em face da violação de princípios internacionais anteriormente aceitos pela comunidade internacional.

Especificamente no que concerne à formulação de um conceito de crimes contra a humanidade, Nuremberg representou um marco jurídico internacional.¹⁹ Mesmo sofrendo muitas contestações,²⁰ os Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio se tornaram importantes precedentes²¹ para outros Tribunais Penais Internacionais criados posteriormente pela Organização das Nações Unidas (ONU), como os de Ruanda, Iugoslávia e Serra Leoa, servindo, inclusive, de base para o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituído pelo Estatuto de Roma, em 1998.

¹⁷ ARAUJO, João Marcello de. apud JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 58.

¹⁸ O art. 15 é exemplo do que afirmado: “1. Ninguém será condenado por actos ou omissões que não constituam um acto delituoso, segundo o direito nacional ou internacional, no momento em que forem cometidos. Do mesmo modo não será aplicada nenhuma pena mais forte do que aquela que era aplicável no momento em que a infração foi cometida. Se posteriormente a esta infração a lei prevê a aplicação de uma pena mais ligeira, o delinquente deve beneficiar da alteração. 2. Nada no presente artigo se opõe ao julgamento ou à condenação de qualquer indivíduo por motivo de actos ou omissões que no momento em que foram cometidos eram tidos por criminosos, segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.”, em vigor no Brasil através do Decreto-Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991.

¹⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p 175-177.

²⁰ Além das contestações relativas à afronta ao princípio da legalidade, questionava-se o fato de serem Tribunais de exceção promovendo a “paz dos vitoriosos”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 56-59.

²¹ Dentre as contribuições mais importantes dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, podem ser ressaltadas: a impossibilidade de questionamento da legalidade e legitimidade dos Tribunais; de se alegar obediência hierárquica; de se alegar imunidade. Inserir referência bibliográfica.

Em relação aos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda (1994), Iugoslávia (1993) e Serra Leoa (2000), todos *ad hoc*, instituídos para conhecer e punir graves violações aos Direitos Humanos praticados pelos representantes dos Estados contra a própria população, conforme noticiou Schabas,²² não só os princípios de Nuremberg foram reafirmados, mas as resoluções da ONU e as decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ), - tendo sido observada certa inovação no caso específico da Iugoslávia, que, em seu estatuto, foi incluída verdadeira cláusula aberta de tipicidade quando, ao invés de limitar condutas típicas, expressamente ressaltou ser o rol exemplificativo.

Diante das severas críticas direcionadas à criação de Tribunais *ad hoc* e do desrespeito ao princípio da legalidade, a comunidade internacional chegou a um acordo sobre a criação de um tribunal permanente com jurisdição para conhecer e julgar crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, previamente tipificados no seu Estatuto ou decorrentes das normas de direito internacional humanitário²³ praticados após a entrada em vigor do mesmo. Assim, foi criado pelo Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998,²⁴ o TPI.

Nota-se que o próprio Estatuto de Roma trouxe para o direito positivo o conceito de crime desenvolvido a partir dos Tribunais Internacionais que o antecederam, baseado na ideia de criminalizar graves violações ao Direito Internacional Humanitário, segundo explicado por Japiassú:²⁵

Diferentemente, existe uma responsabilidade penal em matéria de infrações às regras do Direito Internacional Humanitário, especialmente os referentes a conflitos armados internacionais ou não. Com base no princípio da competência universal, deve ser processada e, se for o caso, punida toda a pessoa que tenha cometido alguma infração grave, independentemente da nacionalidade ou do lugar do delito.

²² SCHABAS, William A. *The UN International criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 64. (Tradução nossa).

²³ O art. 22, 3 do Estatuto prevê: “O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independente do presente Estatuto”.

²⁴ O Estatuto de Roma entrou em vigor no Brasil através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.

²⁵ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 13.

A noção de infração refere-se a qualquer violação do Direito Internacional Humanitário. Deve ser entendido por eliminação, o que significa que qualquer uma que não seja grave. É o caso, por exemplo, da utilização de armas, de projéteis, de materiais e de métodos de combates que possam causar sofrimento desnecessário ou de maneira indiscriminada. Também pode ser o ataque contra as instalações, o material, as unidades e os meios de transporte, e o pessoal que tem o direito de utilizar o sinal distintivo da Cruz Vermelha.

No que concerne à perseguição dos delitos contra o Direito Internacional Humanitário, os Tribunais Internacionais constituíram precedentes no sentido de permitir a punição pela prática de atos que, mesmo não sendo tipicamente previstos como crimes, são assim considerados por importarem em violações às leis e aos costumes internacionais previamente vigentes à ocorrência dos fatos puníveis.

2.2 A perspectiva da CIDH²⁶

Em 07 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas*, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia, protocolaram petição junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a finalidade de buscar a responsabilização do Estado brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, que sobreviveram como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975.

Em 6 de março de 2001, a Comissão expediu o Relatório de Admissibilidade nº 33/013 e, em 31 de outubro de 2008, aprovou o Relatório de Mérito nº 91/08. Em 18 de maio de 2009, a Comissão propôs, ainda, demanda perante a CIDH.

Realizada a instrução processual, em 24 de novembro de 2010, a CIDH julgou procedente a demanda para condenar o Estado brasileiro, dentre outras obrigações, a: (i) promover a investigação e perseguição penal contra responsáveis; (ii) realizar esforços para localizar

o paradeiro das vítimas e/ou identificar os seus restos mortais; (iii) fornecer tratamento médico e psiquiátrico às vítimas; (iv) realizar ato público de reconhecimento internacional dos fatos; (v) implementar um programa de direitos humanos voltados para as forças armadas; (vi) tipificar, dentro de um prazo razoável a conduta de desaparecimento forçado de pessoas; e (vii) indenizar as vítimas e seus familiares.

Na sentença, a CIDH reconheceu que os atos praticados pelos militares brasileiros, em especial os desaparecimentos forçados, eram crimes de lesa-humanidade, pois foram identificados seus elementos típicos, quais sejam: (i) existência de um padrão sistemático aplicado e/ou tolerado pelo Estado; (ii) a privação da liberdade; (iii) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e (iv) a negativa de reconhecer a detenção e revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa implicada.²⁷

No entanto, o Estado brasileiro argumentou que, para o costume internacional, criar um tipo penal seria necessário que este estivesse devidamente consolidado no momento dos fatos (1972-1974) e que a universalização da tipificação do crime de lesa-humanidade no plano internacional ocorreu apenas com o Estatuto de Roma, que instituiu o TPI em 1998.

A CIDH destacou, em sua sentença, que o reconhecimento do delito de desaparecimento forçado de pessoas em relação às práticas realizadas na década de 70 não encontra óbice na falta de atualidade do costume internacional, pois a Corte, desde o seu primeiro caso contencioso,²⁸ vem reafirmando tal posição, que inclusive

²⁶ A CIDH foi instituída por meio da Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de São José"), de 22 de novembro de 1969, sendo certo que o Brasil somente aceitou a jurisdição contenciosa da Corte pelo Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002, apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

²⁷ Para Bassiouni, o padrão sistemático aplicado e/ou tolerado pelo Estado seria o elemento contextual e os demais elementos do delito de desaparecimento forçado de pessoas, tal como concebido pelo Estatuto de Roma. (BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers Inc., 2003. 259-260).

²⁸ Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988; Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala, Sentença de 25 de maio de 2010; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia, Sentença de 1º de setembro de 2010. Todas citadas em COSTA RICA. *Corte interamericana de direitos humano: caso Gomes Lund e outros* ("Guerrilha do Araguaia") versus Brasil. São José, 24 nov. 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 jun. 2011.

é anterior à Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas, de 09 de junho de 1994.²⁹

Quanto à prescrição, o delito de desaparecimento forçado de pessoas possui uma perspectiva mais abrangente do conceito de permanência delitiva, eis que a consumação se inicia com privação de liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre o seu destino e se estende até que se tenha certeza quanto ao paradeiro daquela pessoa desaparecida, bem como de sua identidade, ainda que se considerem imprescritíveis os crimes de lesa-humanidade.

Por fim, sobre a Lei da Anistia brasileira, a CIDH concluiu que o dever do Estado de punir os crimes de lesa-humanidade é irrenunciável, não obstante a existência de qualquer lei ou norma de direito interno que extinga a punibilidade.³⁰

Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da

Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

A sentença do Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil reforça a importância do *jus cogens* na consolidação dos elementos típicos que constituem os crimes contra a humanidade e a obrigação do Estado de promover a persecução penal, pois foi proferida dentro de um contexto jurídico amplamente legítimo e legal, ao qual o Estado brasileiro previamente e voluntariamente aderiu.

2.3 A perspectiva do STF

O Brasil tem-se posicionado internacionalmente no sentido de reconhecer a legalidade e a legitimidade dos atos de persecução criminal em face das graves violações dos Direitos Humanos havidas nos últimos 60 anos, bem como assinou, mas ainda não ratificou, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade de 1968.

Como se sabe, nunca houve por parte do governo brasileiro ou de suas instituições qualquer tipo de contestação em relação aos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio, aos Tribunais Penais Internacionais da ONU ou à autoridade das decisões emanadas da CIDH. Portanto, não seria exagerado concluir que o Brasil, ao se deparar com graves violações ao Direito Internacional Humanitário ocorridas em seu território ou com a participação de seus agentes, adotaria os precedentes internacionais demonstrando coerência entre o discurso e a prática interna e externa. No entanto, não foi isso que se viu em relação aos crimes praticados pelo Estado brasileiro durante o regime militar.

Mesmo com pressões de determinados segmentos da sociedade brasileira, o STF, quando do julgamento da ADPF nº 153, proposta pela OAB, negou a vigência no ordenamento jurídico brasileiro da *common law*, reafirmando a tradição romano-germânica do país.

Segundo a OAB, a Lei nº 6.683/79, intitulada Lei da Anistia, deveria ser interpretada conforme a Constituição Federal de 1988, de maneira que, à luz dos preceitos constitucionais fundamentais, fosse declarado “[...] que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos,

²⁹ A convenção ainda está pendente de ratificação, muito embora seu texto já tenha sido aprovado pelo Senado Federal em 2011. Nos termos do artigo II “[...] 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”.

³⁰ Trecho extraído do item “VI. Conclusão” do voto do juiz Roberto Figueiredo Caldas no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. (COSTA RICA. *Corte interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros* (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil, São José, 24 nov. 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 jun. 2011).

durante o regime militar (1964/1985)”³¹. Dessa maneira, não estariam anistiados aqueles atos de atrocidade que, segundo os costumes internacionais, são considerados crimes contra a humanidade, abrindo espaço para a persecução penal dos agentes estatais, mesmo passados mais de 30 anos da prática de tais atos.

O ponto central da discussão jurídica sobre a anistia é relativa à interpretação do art. 1, §1º da Lei da Anistia, que prevê a extinção da punibilidade àqueles que praticaram crimes políticos ou conexos com estes. O problema é que a Lei dá uma particular definição para crimes conexos, como sendo “[...] os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.³² A partir da expressão “crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos”, passou-se a entender que os atos praticados pelos agentes estatais estariam anistiados, não importando a gravidade deles.

Mesmo em se tratando de uma decisão por maioria, a Corte Constitucional brasileira completou uma lacuna no sistema jurídico pátrio no sentido de que os precedentes internacionais, ainda que relativos aos crimes contra humanidade, não podem prevalecer sobre as normas constitucionais de validação dos acordos internacionais.

Portanto, se os crimes praticados pelos militares, durante o regime ditatorial, eram conexos em relação àqueles praticados pelos opositores do regime -, pois inseridos em uma mesma comunhão de propósitos (ataque e defesa ao e do regime) -, para o Min. Eros Grau,³³ ministros do STF, tratava-se de crimes comuns.

Em adição a esse argumento, observou o Min. Grau que os fatos ocorreram preteritamente em relação à ratificação pelo Brasil dos principais documentos inter-

nacionais relativos ao combate à tortura e que o costume internacional não pode superar o princípio do *nullum crime sine lege*:

42. Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- preceito que declara insuscetíveis de graça, e anistia a prática da tortura entre outros crimes --- não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, *leis-medida* que a tenham precedido.

Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na *Nota introdutória* a obra recentemente publicada, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann:

[...] em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após processo constitucional de internacionalização, e o Brasil não subscreveu a *Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade* de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, ‘o costume internacional não pode ser fonte de direito penal’ sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano x Chile*, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. N. 4.463, de 08 de dezembro de 2002), porém apenas ‘para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998’.³⁴

Complementando, o Min. Gilmar Mendes³⁵ votou no sentido de que mesmo sendo possível emprestar o caráter de imprescritibilidade a tais crimes em razão dos tratados de direito internacional humanitário incorporados pelo Brasil, não seriam os tratados aplicáveis, pois ratificados posteriormente aos fatos, não sendo lícita, segundo a ordem jurídica nacional, a retroação de normas de direito penal para prejudicar os réus.

³¹ Texto constante do item “b” do pedido da ação.

³² O art. 1º da Lei 6.683/79 prevê: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos 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”.

³³ Voto proferido pelo Min. Eros Grau no julgamento da ADPF nº 153.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 153*. Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011.

³⁵ Voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento da ADPF nº 153.

Ademais, conforme pontuou o Min. Celso de Mello,³⁶ somente a lei interna e não qualquer convenção internacional pode qualificar-se constitucionalmente como a única fonte de forma direta concernente da prescritibilidade ou não da pretensão punitiva estatal, ressalvadas as próprias exceções constitucionais.

Mesmo tendo sido a ação julgada improcedente por ampla maioria, não se pode deixar de anotar o posicionamento divergente do Min. Ricardo Lewandowsky, no sentido de que, mesmo tendo o Brasil passado por uma situação de beligerância interna, em razão de uma “guerra psicológica adversa”, “guerra revolucionária” ou “guerra subversiva”,³⁷ “[...] mesmo assim os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil, desde o início do século passado.”³⁸

Em reforço à sua argumentação, o Min. Lewandowsky cita o voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes no chamado “Caso Battisti”,³⁹ que, naquele julgamento, repudiou qualquer interpretação extensiva do conceito de crimes políticos que pudesse abranger estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, argumento este também adotado pelo voto vencido do Min. Ayres Britto.⁴⁰

De uma maneira geral, observa-se que os Ministros do STF compartilham da ideia do processo de anistia decorrer de uma negociação bilateral e que essa negociação faz parte de um processo muito maior de transição de regimes.

³⁶ Voto proferido pelo Min. Celso de Mello no julgamento da ADPF nº 153.

³⁷ Essas expressões constam do Ato Institucional nº 14/69.

³⁸ Trecho extraído do voto do Min. Ricardo Lewandowsky, no julgamento da ADPF nº 153.

³⁹ Ao proferir seu voto na Extradicação nº 1085/IT, o Min. Gilmar Mendes escreveu: “Nessa linha, certas espécies de crime independentemente de sua motivação ou de sua finalidade política, não constituem crimes políticos. É que, levada às últimas consequências a tese contrária, logo teríamos casos de estupro, pedofilia, genocídio ou tortura, entre outros, tratados como crimes meramente políticos, obtendo seus autores os benefícios decorrentes desse enquadramento. A toda evidência, as ações violentas da Ku Klux Klan e os assassinatos de Martin Luther King, Chico Mendes e Dorothy Stang são exemplos de crimes com notórias motivações e implicações políticas, mas isso não é suficiente para considerá-los como crimes políticos.”

⁴⁰ Voto proferido pelo Min. Ayres Britto no julgamento da ADPF nº 153.

A prevalência do argumento do perdão mútuo ofusca a discussão sobre a qualificação dos crimes praticados pelos militares como crimes de lesa-humanidade frente aos precedentes internacionais. No entanto, parece claro que a Suprema Corte brasileira não fugiu de sua tradicional interpretação do princípio da legalidade, rejeitando qualquer forma de criminalização ou qualificação dos crimes, que não por lei anteriormente criada.

3 O entendimento da suprema corte brasileira e o dever internacional de cooperar

A Corte Constitucional brasileira, ao decidir de forma *erga omnes* e vinculante que os delitos praticados pelos agentes do Estado brasileiro durante o governo militar não são crimes de lesa-humanidade e, por essa razão, puderam ser anistiados, acabou por criar verdadeiro óbice jurídico em relação ao dever internacional do Estado brasileiro de cooperar com os demais Estados que, ao contrário do Brasil, pretendem punir seus nacionais.

Da mesma maneira, o reconhecimento dos crimes praticados pelos agentes estatais como crimes comuns também se apresenta como óbice à cooperação internacional, eis que estes passam a se sujeitar aos prazos prescricionais previstos nas legislações penais ordinárias.

Dessa forma, quer pelo motivo da anistia, quer pelo motivo da prescrição dos crimes comuns, está inviabilizada toda e qualquer possibilidade jurídica de deferimento de pedidos de extradição passivos relativos a atos que tenham tido parte da execução em território brasileiro ou mesmo praticados exclusivamente no exterior.

A toda evidência, a decisão do STF consolidaria de pleno direito a situação fática de militares sul-americanos que encontraram no Brasil um local seguro contra a perseguição penal e política nos seus Estados de origem. No entanto, o que se observou da atuação da Corte Suprema em relação aos pedidos de extradição de militares sul-americanos foi a adoção de posicionamentos jurídicos totalmente incompatíveis entre si, se analisados à luz do precedente da Lei da Anistia brasileira, demonstrando claro posicionamento político no sentido de não interferir nas medidas relativas à justiça de transição de cada país.

Em outras palavras, a anistia é válida para os casos ocorridos integralmente no Brasil, mas não é válida para aqueles que tiveram a participação do Estado brasileiro

como integrante de organização criminosa internacional, por exemplo. E quanto ao óbice do não reconhecimento da existência de crimes de lesa-humanidade e à sujeição dos mesmos à prescrição dos crimes comuns, por meio de um flexível exercício de hermenêutica, alargou-se a tipicidade de crimes comuns e estendeu-se o momento consumativo de tais delitos *ad infinitum*.

Com o propósito de melhor demonstrar as incoerentes e controvertidas decisões do STF, serão analisados a seguir os processos de Extradicação nº 974/AR e 1.150/AR, sob os seguintes requisitos da extradicação: (i) a dupla incriminação; e (ii) a dupla punibilidade.

3.1 A extradicação 974/ar

No ano de 2005, a República da Argentina enviava ao Brasil pedido de extradicação instrutória em face do militar uruguaio Juan Manuel Cordero Piacentini,⁴¹ por ter praticado, em tese, diversos delitos, dentre eles o de

participação na organização criminosa denominada “Operação Condor”⁴² e de desaparecimento forçado de pessoas.

O pedido foi formulado com fundamento no Tratado de Extradicação celebrado entre os países, internalizado pelo Decreto nº 62.979, de 11 de julho de 1968, e posteriormente aditado para incluir delitos de supressão e suposição de identidade civil, falsificação de documentos públicos e sequestro de menor, em razão de novos fatos imputados.⁴³

⁴¹ A República da Argentina imputa ao extraditando, militar uruguaio, a participação na organização criminosa denominada “Operação Condor”. Segundo informado, os fatos apurados foram praticados total ou parcialmente em solo argentino, nos quais intervieram forças de segurança de um ou mais Estados. É imputado ainda ao extraditando “participação na privação da liberdade pessoal, sem as formalidades prescritas por lei” das pessoas identificadas no pedido, “[...] com a característica sistemática de que tais privações foram seguidas da ausência de informação sobre o paradeiro destes cidadãos, impedindo-se como consequência, o exercício dos recursos legais e das garantias processuais”, que correspondem ao crime de desaparecimento forçado de pessoas. Trecho extraído dos autos do pedido de extradicação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradicação nº 974/AR*, Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011).

⁴² No pedido, afirma a República da Argentina que “Deve ser assinalado – conforme o expressado pela querela –, que a imputação do ‘Plano Condor’, surge de uma acordo nas mais altas esferas políticas e militar dos Estados Argentino, Chileno, Uruguaio, Paraguuaio, Boliviano e Brasileiro, todos eles definiram ter sua sede operacional na República do Chile. O citado acordo político militar foi reconhecido indiretamente pelo Departamento dos Estados Unidos, ao entregar-lhe ao Estado Argentino uma cópia fotostática autenticada de uma comunicação emitida por Robert Scherrer, na qualidade de Agente Regional do FBI para o Diretor do citado departamento, explicando os diferentes aspectos de tal ‘Operação Condor’. Deste acordo – neste sentido, relatado pela querela, emanou o compromisso de realizar operações conjuntas contra as vítimas, provavelmente brancos terroristas, principalmente na Argentina, o objetivo da ‘Operação Condor’ seria a obtenção, intercâmbio e ordenação da informação de inteligência voltadas a esquerdistas, comunistas e marxistas, para eliminar as suas atividades na América do Sul. Adicionalmente estavam previstas operações conjuntas contra as vítimas, em todos os países membros e, segundo dedução da documentação fornecida, conforme os apresentadores, estas operações incluíam também a transferência das vítimas de um país a outro.” Trecho extraído dos autos do pedido de extradicação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradicação nº 974/AR*. Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011).

⁴³ Segundo consta do aditamento ao pedido de extradicação, o extraditando teria participado no desaparecimento forçado de Maria Cláudia Garcia Iruetagoiena, quando a mesma se encontrava grávida, tendo participado ainda da transferência ilegal da referida criança, da criação de falsa identidade e entrega da mesma para pais adotivos. Em relação ao aditamento, não houve uma decisão muito clara por parte do STF. Enquanto o relator, Min. Marco Aurélio, indeferiu o pedido em razão da ocorrência da prescrição segundo a Lei brasileira, houve manifestação expressa em contrário do Min. Peluso. Contudo, o voto divergente que foi acompanhado pela maioria dos ministros, foi o do Min. Lewandowsky, que não se pronunciou sobre o aditamento, muito embora a ementa do julgado somente se refira ao sequestro de menores. De qualquer forma o delito relativo à atribuição de falsa identidade não receberá maiores considerações, pois não representa o objeto desde trabalho. Trecho extraído dos autos do pedido de extradicação (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradicação nº 974/AR*. Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011).

3.1.1 O enquadramento típico e a dupla-incriminação

No pedido de extradição do militar uruguaio Juan Manuel Cordero Piacentini, a República da Argentina sustenta a aplicação das figuras típicas previstas nos arts. 144 bis, alínea 1⁴⁴ e 210 bis⁴⁵ do Código Penal argentino, bem como das prescrições contidas na Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas.⁴⁶ Por sua vez, no aditamento informa infringência do disposto nos arts. 139, 2^o⁴⁷ e 293⁴⁸ do seu Código Penal, bem como em diversas convenções internacionais relativas a direitos humanos que a República Argentina é parte.

Muito embora a Argentina tenha ratificado as mais diversas convenções internacionais sobre Direitos Humanos, tais como a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, que possibilitam o tratamento dos crimes imputados como crimes de lesa-humanidade, não se observou a indicação de nenhum tipo específico relativo aos crimes contra a humanidade no pedido extradição.

De fato, a Argentina não possui tipos penais específicos de crimes contra a humanidade,⁴⁹ sendo obrigada a recorrer aos tipos tradicionais para julgar os fatos ocorridos em seu regime ditatorial, como destaca Malarino:⁵⁰

En este sentido – aunque, por ejemplo, para juzgar los hechos ocurridos durante la última dictadura militar argentina se recurra a los tipos penales de homicidio, privación ilegítima de la libertad, etcétera – es claro que el contenido de injusto que ellas expresan no puede asimilarse al del crimen de genocidio o los crímenes de lesa humanidad. El juzgar estos hechos con los tipos de derecho penal clásico se debe, por un lado, a la carencia en la legislación argentina de tipos penales específicos y, por el otro, a la imposibilidad de aplicación directa de los crímenes internacionales previstos en las convenciones internacionales o por la costumbre internacional.

No entanto, o enquadramento típico tradicional foi qualificado no pedido como crime de lesa-humanidade, em razão dos contornos particulares dos fatos e do substrato normativo de Direito Internacional Humanitário, cujo arcabouço jurídico a República da Argentina se vinculou.⁵¹ Resta saber se, sob o ângulo da tipicidade, como garantia do estrangeiro contra o pedido de extradição, é possível criar um tipo penal de crime contra a humanidade qualificando os tipos comuns de Direito Penal interno, mediante a combinação deles com os acordos internacionais e os precedentes internacionais.

Ainda que esse processo de criação típica possa parecer absurdo, *a prima facie*, ele nada mais é do que a reprodução do mesmo processo de criação típica realizado

⁴⁴ Art. 144, bis, 1 “Será reprimido com prisão de um a cinco anos e inabilitação especial por tempo duplo: 1º O funcionário público que, abusando das suas funções ou sem as formalidades prescritas pela lei, privasse qualquer pessoa da sua liberdade pessoal.”

⁴⁵ Art. 201 bis: “Será imposta reclusão ou prisão de 05 a 12 anos, se a associação dispuser de armas de fogo ou se utilizar de uniformes e distintivos ou tivesse uma organização tipo militar.”

⁴⁶ A convenção foi aprovada pela 24ª Assembleia da Organização dos Estados Americanos, em 09 de junho de 1994 e internalizada no ordenamento jurídico da República da Argentina pela Lei 24.556, publicada no Diário Oficial em 18/10/95.

⁴⁷ Art. 239: “Ordenar-se-á prisão de 2 a 6 anos: 2º A quem, por qualquer ato, tornar incerto, alterar ou suprimir a identidade de um menor de 10 anos e a quem o retiver ou ocultar”.

⁴⁸ Art. 293: “Será punido com reclusão ou prisão um a seis anos quem inserir ou fizer inserir declarações falsas em instrumento público relativas ao fato que o documento tiver de comprovar, incorrendo em prejuízo”.

⁴⁹ Há, contudo, posicionamento doutrinário diverso, segundo Malarino, no qual se permite a integração do *ius cogens* ao direito interno argentino, sem a necessidade de ratificação de tratados ou edição de leis. É que o art. 118 da Constituição Argentina, ao tratar do local do crime e da instituição do Tribunal do Júri, prevê que o Poder Legislativo irá criar uma Lei para regulamentar a competência interna da Justiça argentina para julgar delitos “*fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes*”. Argumenta-se que, em razão dessa expressão, haveria a possibilidade de incorporar automaticamente todos precedentes internacionais relativos ao *ius cogens*. A tese, minoritária, é alvo de duras críticas, principalmente por excepcionar o princípio da legalidade, valendo-se de um dispositivo com conteúdo processual (MALARINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideu: Konrad-Adenauer Stiftung, 2003. p. 40-60).

⁵⁰ Ibidem, p. 39.

⁵¹ A Argentina ratificou as quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário em 18 de setembro de 1956.

pelo Tribunal de Nuremberg, no qual se ampliou o alcance típico dos crimes de guerra para abarcar as atrocidades cometidas pelo nazismo. Some-se a isso o fato de que a CIDH, a cuja jurisdição contenciosa Argentina⁵² e Brasil se submetem, endossa a aplicação do *ius cogens*, relativamente aos fatos praticados pelas ditaduras sul-americanas.

Fato é que a Argentina, tal qual o Brasil, não possui tipos penais específicos relativamente aos crimes de lesa-humanidade, nem tampouco ambos possuem aberturas legais para a incorporação imediata dos documentos e precedentes internacionais, por adotarem em seus sistemas a teoria monista moderada.⁵³ Nem mesmo a autoridade da CIDH pode ser imposta para afastar as bases romano-germânicas de seus ordenamentos jurídicos, pois a Corte não possui jurisdição penal, sendo os seus pronunciamentos, relativamente à matéria penal, orientações a serem seguidas pelos Estados, já que despidas de executividade.

Pelo lado brasileiro, o STF, ao receber o pedido de extradição, delimitou a sua imputação a dois delitos: (i)

quadrilha (art. 288 do Código Penal – CP⁵⁴) e o de (ii) sequestro qualificado (art. 148, §2º do CP.⁵⁵)

Quanto ao delito de quadrilha, não parece haver maiores dificuldades em reconhecer a identidade de tipos, pois a imputação realizada na Argentina é relativa à associação criminosa. Por outro lado, a conduta típica do delito de sequestro qualificado não se aproxima do conceito de crime de desaparecimento forçado de pessoas. Neste, a detenção ilegal vem acompanhada da falta de informação dolosa, a fim de privar a vítima dos meios legais de proteção, enquanto que naquele, tratar-se-ia apenas de uma espécie de detenção grave.

No entanto, em se tratando da privação de liberdade, mesmo qualificada, delito mais simples do que o desaparecimento forçado de pessoas e à míngua de tipo penal específico em ambos os países, pelo princípio da subsidiariedade,⁵⁶ é possível a conformação típica desejada permitir a extradição.⁵⁷

⁵² A Argentina ratificou a Convenção em 14 de agosto de 1984 e reconheceu à jurisdição contenciosa da CIDH em 05 de setembro de 1984

⁵³ Nesse sentido, foi o parecer ofertado pelo Procurador-Geral da República no Pedido de Extradicação 974/AR, senão vejamos: “22. Vale lembrar que em fevereiro de 2007 o Brasil também assinou a Convenção Internacional do Desaparecimento Forçado de Pessoas, aprovada pela Organização das Nações Unidas, o que denota o interesse do Estado brasileiro em reprimir essa espécie de delito. Não obstante, a falta de ratificação de tais acordos conduz a uma situação de perplexidade no caso em análise. 23. Em diversas ocasiões essa Corte teve a oportunidade de se manifestar acerca do procedimento de incorporação de tratados e atos internacionais ao direito interno, sempre no sentido de que enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). 24. Dessa forma, penso que a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas não pode ser aplicada para análise do requisito da dupla tipicidade, pois suas normas ainda não foram incorporadas ao ordenamento brasileiro e, em consequência, não foi criado o tipo penal correspondente ao desaparecimento forçado de pessoas.”

⁵⁴ Art. 288: “Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos”.

⁵⁵ Art. 148: “Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

⁵⁶ Segundo Silva Franco, “O crime subsidiário geralmente se apresenta como um soldado de reserva, ou seja, se, por qualquer causa, não puder ser caracterizado o crime principal, ele é aplicado.” (SILVA, Alberto Franco. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 388).

⁵⁷ Para o Min. Marco Aurélio, não seria possível reconhecer a dupla tipicidade, não em razão da inexistência de dupla incriminação, mas porque as peculiaridades do caso indicam que a privação da liberdade das vítimas tenha gerado a morte delas, impossibilitando o reconhecimento da tipicidade do delito de sequestro, como se vê: [...] É sintomático que, tendo ocorrido o citado desaparecimento em 1976, passados trinta e dois anos, com mudanças substanciais de regime nos países que integrariam a Operação Condor, não haja notícia do local em que se encontre o cidadão argentino. Em síntese, presente o que relatado, presente o sentido vernacular do vocábulo desaparecimento – ‘ato de sumir, desaparecer’ -, não há como cogitar da dupla tipicidade relativamente ao disposto no Código Penal brasileiro sobre sequestro, a revelar a existência de crime permanente. Em outras palavras, a narração dos fatos não permite que se conclua pela simetria considerando o crime do artigo 148 do Código Penal brasileiro. Está-se diante de situação concreta diversa na qual a prática delituosa alcançou a própria vida da vítima”.

3.1.2 A dupla-punibilidade e a prescrição

Superado o requisito da dupla incriminação, resta necessário observar se a conduta imputada ao extraditando é punível, segundo a lei mais favorável dos países.⁵⁸ No caso, a análise da dupla punibilidade se limitará à constatação ou não da prescrição da pretensão punitiva e da vigência da Lei da Anistia.

Quanto à existência de prescrição dos crimes imputados, a República da Argentina esclarece que a mesma não ocorreu, na medida em que a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo VII,⁵⁹ afirma ser imprescritível a pretensão punitiva estatal, bem como a pena a ser imposta, em relação a tais fatos.

A Argentina,⁶⁰ ao defender a não ocorrência da prescrição no pedido, afirmou que não obstante a Convenção ter entrado em vigor após a ocorrência dos fatos, não haveria qualquer óbice em relação à sua aplicação, pois o espírito da Convenção está inserido dentro da ideia de *jus cogens*:

Agora, assim sendo, essa inteligência não implica *per se* a proibição da retroatividade das leis penais em geral, e menos ainda que a Convenção adotada em 1968 legisle novamente, senão desta forma, recolhem-se e incorporam-se princípios que regulam esse tópico na matéria internacional desde fins da Segunda Guerra Mundial, os quais, intimamente unidos à ideia de *jus cogens*, estipulam que os atos inumanos e perseguições que em nome do Estado buscam hegemonia política, são imprescritíveis '*por natureza*'.

Com idêntico sentido expressou-se o nosso Máximo Tribunal, ao postular que 'o princípio da não retroatividade da lei é relativo. Este

rege quando a nova lei é mais rigorosa, mas não se é mais benigna. Assim, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e os Crimes de Lesa Humanidade reconhece uma conexão lógica entre imprescritibilidade e retroatividade (art. I). [...] Frente ao princípio de retroatividade aparente dos textos convencionais sobre imprescritibilidade, deve prevalecer este último, que tutela normas imperativas de *jus cogens*, quer dizer, normas de justiça tão evidentes que jamais puderam obscurecer a inocência jurídica da humanidade (Regina vs Finta, Suprema Corte do Canadá, 24 de março de 1994). Compete reiterar que para esta Corte tal conflito só é aparente, pois as normas de *jus cogens* que castigam o crime de lesa humanidade estiveram vigentes desde o tempo imemorial.'

A invocação do *jus cogens* pela Argentina para justificar a não ocorrência da prescrição não é, conforme já explicado, oponível ao Estado brasileiro, que negou peremptoriamente a aplicabilidade do costume internacional no Direito Penal, além de não ter ratificado a referida Convenção. Da mesma maneira, os delitos imputados ocorreram há mais de 30 anos, período muito acima do maior prazo prescricional previsto na Lei Penal brasileira,⁶¹ que é de 20 anos.

Assim, quanto ao delito de associação ilícita de pessoas (quadrilha), foi reconhecida a prescrição. No entanto, a Corte Constitucional reconheceu ser punível o delito de privação de liberdade, por entender que sua consumação ainda persistia mais de 30 anos depois, pois as pessoas que tiveram sua liberdade subtraída não haviam sido encontradas até os dias atuais, nem tampouco suas mortes estavam inequivocamente comprovadas.⁶²

⁵⁸ Sobre a busca pela lei mais favorável para excluir a punibilidade vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 925/PR*. Brasília, 10 ago. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2011.

⁵⁹ Artigo VII: "A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e apenas que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição".

No entanto, quando existir norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte.

⁶⁰ Essa decisão foi extraída do Pedido de Extradição 974/AR (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Decisório nº 327:3312. Buenos Aires, 2009 apud BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 974/AR*, Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011).

⁶¹ Art. 109: "A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12 (doze)".

⁶² O Min. Peluso, em seu voto, aduziu que o STF não poderia analisar os fatos além do que delimitado no pedido de extradição para mudar a conduta imputada de sequestro para homicídio, bem como a impossibilidade de imputar o crime de homicídio sem corpo.

No Brasil, a Lei 9.140/95⁶³ reconheceu legalmente como mortas todas as pessoas que tenham sido acusadas de participação em atividades políticas entre 02 de setembro de 1961 e 05 de outubro de 1988. Dessa maneira, se a execução da privação de liberdade se iniciou em 1976, conforme informado no pedido para o ordenamento brasileiro, esta presumidamente perdurou até 05 de outubro de 1988, quando todos foram reconhecidos como mortos.

No mesmo sentido, também se argumentou que o Código Civil Brasileiro de 2002, no seu art. 7º⁶⁴ presume morta a pessoa que estivesse em perigo de vida extremamente provável ou que tivesse sido feita prisioneira e não fosse encontrada em até dois anos depois do término de uma guerra e que o art. 22 da Lei nº 14.394/54⁶⁴ da Argentina também dispõe sobre a presunção de morte daquele que se ausenta de seu domicílio por mais de três anos sem que se tenha notícia.⁶⁵

Caso o entendimento do Min. Marco Aurélio no sentido da aplicabilidade do instituto da morte presumida tivesse prevalecido, a extradição deveria ter sido negada, pois, desde 1998, passaram-se mais de 20 anos, prazo

prescricional máximo previsto para o delito de homicídio qualificado (art. 121, §2º do CP⁶⁶).

Quanto à imputação do delito de sequestro de menores, prevaleceu o entendimento análogo ao do sequestro qualificado, ou seja, enquanto os filhos não forem envolvidos às suas verdadeiras mães,⁶⁷ mesmo já passados mais de 30 anos, persiste a consumação do delito, muito embora a questão fática esteja muito mais relacionada ao desconhecimento por parte dos bebês ou crianças sequestradas de suas verdadeiras filiações do que a privação da liberdade dos mesmos.

Não é verossímil que um bebê retirado de sua mãe, que estava no cárcere, e entregue a outra família para adoção forçada, esteja sofrendo constrangimento ilegal à sua liberdade após completar 30 anos. À míngua de dados fáticos sobre o momento de cessação da permanência delitiva nos casos concretos, pode-se imaginar que, com o alcance da maioria civil, não há razão para acreditar que uma pessoa possa continuar obrigada a conviver sob a tutela de pais adotivos. De qualquer forma, sendo a idade de 18 anos considerada a maioria civil no Brasil, os delitos estariam consumados há pelo menos 12 anos,

⁶³ Art. 1º: “São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias”.

⁶⁴ “A ausência de uma pessoa no lugar de seu domicílio ou residência na República, haja ou não deixado patrimônio, sem que dela se tenha notícia, findo o prazo de três anos, causa a presunção do seu falecimento. Esse prazo será contado desde a data da última notícia que se teve da existência do ausente.”, tradução extraída do voto do Min. Marco Aurélio quando do julgamento da Extradicação. 974/AR.

⁶⁵ Para o Min. Cezar Peluso, somente seria possível admitir a morte presumida, após encerradas as buscas pelo paradeiro da pessoa e proferida sentença judicial, não bastando para efeitos penais a mera ausência. O argumento do Min. Peluso não parece estar conforme o texto expresso do Código Civil, que na redação vigente dispensa a declaração de ausência por meio de sentença judicial para reconhecer a morte presumida. Ademais, a Lei nº 9.140/95 reconhece a morte presumida “para todos os fins de direito”, não havendo porque para afastar o aproveitamento penal de tal declaração, mormente diante da redação do art. 2º “A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia”.

⁶⁶ Art. 121: “Matar alguém: § 2º - Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”.

⁶⁷ Segundo o Min. Lewandowsky na Extradicação 974/AR: “Este está previsto – tem dupla tipicidade – no Tratado que firmamos no âmbito do Mercosul. E todos nós sabemos, embora hajam passados mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando, nesses crimes de desaparecimento, muitos bebês foram tirados de suas mães nos cárceres e, até hoje, estão em poder de outras famílias. Este sequestro pode, em tese, ainda subsistir. Portanto, estarmos diante de um crime de caráter permanente.”

muito acima do prazo de prescrição de 4 anos previsto na Lei brasileira (art. 249 c/c 109, V, todos do CP⁶⁸).

É curioso observar que o argumento da permanência do delito de privação de liberdade persiste até que seja encontrada a pessoa ou seus restos mortais sejam identificados foi utilizado pela CIDH, em relação ao desaparecimento forçado de pessoas, crime de lesa-humanidade, para justificar sua competência para fatos ocorridos antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil. A adoção de tal argumento para um delito simples como sequestro, mesmo que na figura qualificada, apresenta-se desproporcional por permitir consumações perpétuas, caracterizando hipótese de imprescritibilidade para casos sem qualquer expressão.

Por fim, quanto ao óbice ao deferimento da extradição em razão da vigência da Lei da Anistia brasileira,⁶⁹ é importante notar que a Extradicação nº 974/AR foi decidida antes do julgamento da ADPF nº 153, de maneira que, independentemente do resultado que poderia sobrevir, a presunção de validade da Lei da Anistia se fazia presente, impedindo o deferimento da extradição.

Não obstante, os votos dos Ministros⁷⁰ são claros no sentido de se recusarem a analisar o caso sob essa lei, pois, para alguns ministros, estes estariam antecipando seus votos e enquanto, para outros, haveria a possibilidade de decidirem a Extradicação nº 974/AR de uma forma e a ADPF nº 153 de outra, como de fato se observou posteriormente.

A importância da Lei da Anistia, como impedimento ao deferimento da extradição, não se limitava à declaração da extinção da punibilidade dos crimes políticos e a esses conexos praticados pelos agentes do Estado. Havia hipóteses fáticas idênticas (desaparecimento forçado de pessoas, privação de liberdade e associação ilícita praticada por agentes estatais), ocorridas em território nacional.

A Extradicação nº 974/AR se refere a um dos membros da denominada “Operação Condor”.⁷¹ Ainda que o episódio narrado tenha ocorrido em solo argentino e uruguaio, sem a participação direta de brasileiros, tal organização teve atuação comprovada no Brasil e contou com a participação de agentes de suas forças armadas.

Portanto, se os atos praticados pela organização “Operação Condor” em solo brasileiro não podem ser punidos no Brasil em razão da existência da Lei da Anistia, o Brasil não pode reconhecer a punibilidade dos atos praticados pela mesma organização fora de suas fronteiras. No caso, independe o delito praticado, quer a associação ilícita, quer o desaparecimento forçado de pessoas.

Ultrapassando a barreira da anistia, o STF autorizou a extradição de Juan Manuel Cordero Piacentini, criando, mesmo antes do julgamento da ADPF nº 153, dois espaços jurídicos diferentes: (i) o interno, onde não se pune; e (ii) o internacional, onde se supera a legalidade em favor da cooperação com os países.

3.2 A extradição 1150/ar

No ano de 2008, a República da Argentina, com fundamento no Tratado de Extradicação celebrado entre os dois países, internalizado pelo Decreto nº 62.979 de 11 de julho de 1968, envia ao Brasil pedido de extradição instrutória em face do militar argentino Norberto Raul Tozzo, por ter praticado, em tese, diversos delitos de homicídio agravado e desaparecimento forçado de pessoas

⁶⁸ Art. 249: “Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos, se o fato não constitui elemento de outro crime. Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois)”. Na Argentina, o delito imputado possui a seguinte redação típica: Art. 146 “Será punido com reclusão ou prisão de 5 a 15 anos quem subtrair um menor de dez anos do poder dos seus pais, tutor ou pessoa dele encarregada e que o retiver ou ocultar”.

⁶⁹ Conforme informado no pedido de extradição, o Decreto 1.003/89 do Governo da Argentina, que concedeu indulto aos militares, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/07/2006.

⁷⁰ O Min. Peluso deu a seguinte declaração na (indicar ação): “Senhor Presidente, só uma sugestão, ou um pedido. Vossa Excelência considerará como deva. Eu não gostaria de que este caso fosse julgado com a ADPF; acho que são coisas distintas sob o mesmo tipo de pressão”.

⁷¹ Segundo Dinges, a Operação Condor, fundada em 1975, representava a associação entre os regimes militares de Argentina, Chile, Bolívia, Paraguai e Brasil. A principal finalidade da organização era estreitar a troca de informações sobre atividades subversivas nos países-membro e promover a perseguição e eliminação de opositores dos regimes militares (DINGES, John. *Os anos do condor: uma década de terrorismo internacional no cone sul*. São Paulo: Cia das Letras, 2005. p.38).

no caso que se convencionou chamar de “O massacre Margarita Belém”.⁷²

3.2.1 O enquadramento típico e a dupla-incriminação

No pedido, a República da Argentina sustenta a aplicação das figuras típicas previstas nos arts. 80, inciso 2º e 6º,⁷³ 141,⁷⁴ 142, inciso 5º,⁷⁵ todos do Código Penal argentino. A observação, que deve ser feita na análise da tipicidade, é que o enquadramento típico do Pedido de Extradicação nº 974 é diferente do enquadramento típico do Pedido de Extradicação nº 1.150, especificamente quanto ao delito de privação de liberdade.

Em 2008, ano do envio do Pedido nº 1.150 e três anos após o envio da Extradicação nº 974, houve alteração legislativa para tornar mais grave a conduta de privação de liberdade se o agente, à época do cometimento do delito, era membro das forças armadas ou outra força de segurança.

Esse dado é importante, pois, mesmo que o Pedido nº 974 tendo sido enviado em 2005, seu julgamento foi em 2010, devendo ter sido observado, já que o STF não fica vinculado à capitulação dada no pedido, mas sim à narrativa dos fatos. Partindo dessa premissa, sob o ângulo da tipicidade, o caso do Pedido nº 1.150 tornou-se mais grave do que o do Pedido nº 974.

A Extradicação nº 1.150⁷⁶ foi julgada em 19 de maio de 2011, ou seja, dez dias após a publicação da Lei 26.679, da República Argentina. A referida Lei incluiu no Código Penal Argentino o art. 142, que tipifica o delito de desaparecimento forçado de pessoas, como se vê:

ARTICULO 142 ter. - Se impondrá prisión de DIEZ (10) a VEINTICINCO (25) años e inhabilitación absoluta y perpetua para el ejercicio de cualquier función pública y para tareas de seguridad privada, al funcionario público o a la persona o miembro de un grupo de personas que, actuando con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, de cualquier forma, privare de la libertad a una o más personas, cuando este accionar fuera seguido de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona.

La pena será de prisión perpetua si resultare la muerte o si la víctima fuere una mujer embarazada, una persona menor de DIECIOCHO (18) años, una persona mayor de SETENTA (70) años o una persona con discapacidad. La misma pena se impondrá cuando la víctima sea una persona nacida durante la desaparición forzada de su madre.

La escala penal prevista en el presente artículo podrá reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los autores o partícipes que liberen con vida a la víctima o proporcionen información que permita su efectiva aparición con vida.⁷⁷

Para a Argentina, os fatos narrados se submetiam ao conceito de desaparecimento forçado de pessoas, mas que, por inexistência de tipo penal próprio, eram criminalizados como sequestro, alongando o momento consumativo até que as vítimas fossem localizadas com vida ou até que houvesse a identificação inequívoca dos seus restos mortais. A mesma interpretação foi dada pelo Brasil, quando do julgamento da Extradicação nº 974, em 06 de agosto de 2009. Ocorre que, segundo a mesma ideia de crime permanente, se os delitos praticados até então eram de sequestro, a partir 09 de maio de 2011 passaram a ser de desaparecimento forçado de pessoas, um crime próprio.

Aparentemente, nada mudaria em relação à aplicação pela Corte Suprema, que poderia continuar a apli-

⁷² Segundo consta do pedido, no dia 12 de dezembro de 1976, o Tenente Coronel Jorge Larrateguy ordenou o transporte de alguns presos desde a Delegacia de Policía até a unidade 10 de Formosa. Na madrugada do dia 13 de dezembro de 1976, alguns militares, dentre eles Norberto Raul Tozzo, fizeram o traslado e, ao chegarem às proximidades de Margarita Belém, simularam uma emboscada realizada por delinquentes subversivos. Sob esse pretexto, executaram alguns dos presos trasladados, sendo certo que quatro deles não foram encontrados até a presente data.

⁷³ Art. 80º: “Será imposta reclusão perpétua ou prisão perpétua, podendo aplicar-se o disposto no art. 52, ao que matar: 2º Com crueldade, traição, veneno ou outra forma insidiosa; 6º Com o concurso premeditado de duas ou mais pessoas;

⁷⁴ Art. 141: “Será reprimido com prisão ou reclusão de seis meses a três anos; quem ilegalmente privar a outro de sua liberdade pessoal.”

⁷⁵ Art. 142 bis: Será imposta a prisão ou reclusão de cinco (5) a quinze (15) anos, a quem subtrair, reter ou esconde uma pessoa, a fim de coagir a vítima ou um terceiro a fazer ou tolerar qualquer coisa contra a sua vontade. Se o autor alcançar seu objectivo, a pena mínima é aumentada para 8 (oito) anos. Quando o agente é público ou funcionário ou empregado pertença ou tenha pertencido no momento da prática de uma força armada, segurança ou agência de inteligência do Estado.

⁷⁶ A Corte Suprema brasileira não observou a alteração legislativa no julgamento.

⁷⁷ ARGENTINA. *Código penal de la nación Argentina*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.

car subsidiariamente o delito de sequestro, não fosse pelo fato de o próprio STF reconhecer expressamente a atipicidade dos delitos contra a humanidade no Brasil, em especial aqueles previstos no Estatuto de Roma.⁷⁸

Dessa maneira, o caso deixa de ser uma imputação de sequestro com elementos contextuais de desaparecimento forçado, em ambos os países, para se tornar um delito de desaparecimento forçado na Argentina e um fato atípico no Brasil. Não fosse assim, os Ministros do STF não teriam reiteradamente afirmado a ausência de lei prévia para punir crimes contra a humanidade, como um dos óbices à persecução criminal aos militares brasileiros.

Assim, quando do julgamento da Extradução nº 1.150/AR, jamais poderia ter sido aplicado analogamente o precedente da Extradução nº 974/AR, se o quadro típico era diferente, ou seja, de notória atipicidade da conduta segundo a Lei brasileira.

3.2.2 A dupla-punibilidade e a prescrição

O pedido de extradição em análise possui duas características importantes, relativamente ao Pedido de Extradução nº 974/AR analisado acima. A primeira é que seu julgamento se deu 4 meses após o julgamento da ADPF nº 153, que julgou válida a Lei da Anistia brasileira, e a segunda é que, ao contrário do caso anterior, os fatos se sucederam em território estrangeiro, mas sem a participação de agentes do Estado brasileiro nos fatos ou em nenhum tipo de organização criminosa.

Considerando que o STF superou o óbice da dupla incriminação, mesmo sem observar o novo quadro típico para fins de análise da dupla punibilidade e da prescrição, será considerado o mesmo quadro típico de que a Corte

⁷⁸ Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, na ADPF nº 153: “Certamente por tal razão, de índole eminentemente constitucional, o Senhor Presidente da República, acolhendo proposta interministerial subscrita pelos senhores Ministro da Justiça, Ministro das Relações Exteriores, Ministro Advogado-Geral da União e Ministro-Chefe da Secretaria Especial de Direitos Humanos, encaminhou, ao Congresso Nacional, o projeto de Lei nº 4.038/2008 (Câmara dos Deputados), com o objetivo de viabilizar a implementação, no âmbito interno, do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional. Com tal finalidade e propósito, o projeto de lei em questão não só tipifica, dentre outros, os crimes contra a humanidade, cominando-lhes penas, mas também dispõe sobre a imprescritibilidade de referidos delitos, em regra que, inscrita no art. 11 dessa mesma proposição legislativa, possui o seguinte conteúdo normativo: [...]”

Suprema se utilizou, qual seja, a da existência do delito de sequestro.

Mesmo diante dessas peculiaridades, a conclusão não poderia ser diversa. Em primeiro lugar, os crimes imputados ao extraditando estão abarcados dentro do que o próprio STF, no julgamento da ADPF nº 153, definiu como os crimes conexos aos crimes políticos.⁷⁹ Logo, é equivocado o fundamento da Min. Carmen Lúcia quando afasta o óbice do crime político e, por sua vez, a anistia brasileira⁸⁰ para o deferimento da extradição, em razão do disposto no Tratado de Extradução firmado entre Brasil e Argentina e do Acordo de Extradução entre os Estados-Partes do Mercosul, o Chile e a Bolívia.⁸¹

Em segundo lugar, a reiteração da tese sustentada na Extradução nº 974/AR, de que o crime de sequestro está sendo consumado enquanto as vítimas não aparecerem ou seus restos mortais forem identificados, acaba por se tornar uma contradição em termos com um dos fundamentos⁸² utilizado pela Min. Carmen Lúcia para afastar o caráter político dos delitos, abaixo transcrito:

A República Argentina vive situação de normalidade democrática, não se podendo sequer aventar como válida a alegação de que o Poder Judiciário argentino pudesse ser arbitrário ou manipulado, pois o caráter democrático garantista do ordenamento jurídico que vigora naquele Estado é notório e reconhecido a partir da interpretação dos princípios e regras vigentes naquele país.

Partindo da premissa de que a República da Argentina vive situação de normalidade democrática, é impossível reconhecer a permanência na manutenção de prisioneiros peronistas, comunistas ou de qualquer outra orientação política de oposição ao regime militar em cárcere privado até os dias atuais. Daí porque a permanência delitiva deveria cessar com o término do regime. A aplicação da Lei Penal deve manter certa coerência em todos os seus aspectos, de maneira que conceitos fictos devem se submeter a marcos fictos.

⁷⁹ Vide nota 33.

⁸⁰ O extraditando foi indultado pelo Decreto 1.001/89 do Governo da Argentina, que posteriormente foi declarado inconstitucional.

⁸¹ Promulgado pelo Decreto nº 5.867, de 03/08/2006.

⁸² Trecho extraído do voto da Min. Carmen Lúcia na Extradução 1.150/AR. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradução nº 925/PR*. Brasília, 10 ago. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2011.

Em outras palavras, a ideia de consumação do crime de sequestro até que a vítima seja encontrada ou que a ossada seja identificada, pode-se levar ao extremo de se imaginar a possibilidade de punição de um agente mais de 30 anos depois e, mesmo punido, continuar sem saber o paradeiro da vítima.

Como crime permanente, mesmo após condenado, a cada dia que passa haverá reiteração criminosa, criando um círculo vicioso que deverá levar o agente à prisão perpétua. Assim, trabalhar com a estimativa de vida média da vítima para se supor o momento da cessação da consumação, como uma alternativa ao eventual óbice da aplicação do instituto da morte presumida, é possível, mas não pode ser o único critério, já que se a vítima for jovem chegará novamente à possibilidade de prisão perpétua.

Por outro lado, se é possível importar conceitos do delito de desaparecimento forçado de pessoas, tal com fez o STF para reconhecer a consumação *ad infinitum* da privação de liberdade, o próprio elemento contextual do tipo de desaparecimento forçado de pessoas indica o término do marco consumativo. Ou seja, se para a ocorrência do delito é necessária a prática por agente estatal ou por pessoa que tenha auxílio ou conivência dele, quando há a transição de regimes, o Estado retira a autorização, o apoio ou a conivência, não havendo mais um dos elementos do tipo penal.

Portanto, a pretensão do STF em levar fictamente a consumação da privação de liberdade a marcos que se distanciam do contexto fático importa em verdadeira inovação legislativa, já que se mostra mais grave do que a interpretação decorrente da análise do tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas, que se pretende substituir por delito menos grave.

No caso em análise, as questões relativas à consumação do delito de privação de liberdade transcendem marcos teóricos ou fictos. O extraditando trouxe em sua defesa sentença penal condenatória em face de outros militares que também participaram do “Massacre de Margarita Belém” pelo delito de homicídio perpetrado contra os mesmos desaparecidos.

O STF jamais poderia permitir a extradição de uma pessoa pela privação de liberdade permanente de pessoas que foram declaradas mortas e cujos homicídios foram imputados a terceiros. Não convence o argumento

do Procurador-Geral da República⁸³ de que o instituto da morte presumida não é reconhecido no Brasil, pois, especificamente nesse caso, está sendo imputada privação de liberdade após homicídio, não sendo permitido à Corte Suprema se negar a conhecer a sentença estrangeira, mesmo sem homologação.

Quanto aos delitos de homicídio, mesmo se tratando da figura qualificada, portanto, mais grave, a Corte Suprema não reconhece a punibilidade, em razão de os fatos terem ocorrido há mais de 30 anos, superando assim o maior lapso prescricional previsto no Direito Penal brasileiro, que é de 20 anos.

4 Conclusão

A comunidade internacional ainda passa por um momento de consolidação do ideal de repressão universal dos delitos que atentam contra o conceito de humanidade. Os tratados, convenções e precedentes dos Tribunais Internacionais relativos ao Direito Internacional Humanitário serviram de verdadeira base material para a criação de tipos penais internacionais, sendo que estes últimos também serviram para a delimitação da jurisdição do TPI.

Não obstante os Estados, no plano internacional, não terem questionado a eficácia e validade dos documentos firmados no século passado, bem como a legitimidade dos Tribunais *ad hoc*, observa-se que, no plano interno, a postura deles é diferente. O confronto entre as realidades brasileira e argentina mostra duas visões diferentes da aplicação do Direito Penal Internacional, em especial do seu capítulo dos crimes contra a humanidade, nos seus respectivos planos internos.

Enquanto a Argentina promove a sua transição de regimes valendo-se, dentre outras medidas, da declaração de inconstitucionalidade dos indultos concedidos aos militares e a instauração da persecução penal, o Brasil optou por promover a reconciliação nacional, utilizando-se, dentre outras medidas, de uma anistia ampla, geral e irrestrita, decorrente de um amplo debate nacional.

No caso brasileiro, nem mesmo a pressão internacional vinda da CIDH, que processava o país por vio-

⁸³ Item 4 do parecer do Procurador-Geral da República na Extradução 1.150/AR.

lações aos Direitos Humanos no período da ditadura, abalou o espírito reconciliatório da anistia, motivo pelo qual o STF manteve íntegra a extinção da punibilidade. Entretanto, a decisão do STF não poderia se reservar à particularidade do caso brasileiro, na medida em que militares sul-americanos, partícipes dos regimes ditatoriais de seus países, que, inclusive, cooperaram com o regime brasileiro, passaram a residir no Brasil.

Portanto, pela própria organicidade do direito, a decisão sobre a validade da anistia concedida no país impunha obstáculos aos demais países que tivessem interesse em processar os militares, pois o Brasil não poderia extraditá-los. Contrariando, então, todas as expectativas e em prol do dever de cooperar internacionalmente com as nações, o STF inovou a interpretação legal para emprestar características do delito de desaparecimento forçado de pessoas ao delito comum de sequestro e, após ignorar a existência da extinção da punibilidade pela anistia, deferiu ambos os pedidos de extradição.

Os dois casos analisados demonstram a existência de dois problemas graves que tendem a ser sanados em longo prazo. O primeiro é que ainda existe uma importante lacuna no ordenamento brasileiro relativo à possibilidade de punição dos delitos contra a humanidade praticados antes da ratificação do Estatuto de Roma e o segundo é que o Direito Penal comum não se presta a punir os crimes contra a humanidade, seja por sua deficiência na redação típica, seja porque suas penas cominadas são insuficientes.

Há, ao menos, a perspectiva de que o Brasil termine o processo de internalização dos documentos internacionais relativos à repressão dos delitos internacionais, permitindo a adequação de seu ordenamento jurídico ao *standard* internacional, muito embora se saiba que, em relação aos “anos de chumbo”, o país optou por enterrar o passado.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.
- ARGENTINA. *Código penal de la nación Argentina*. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm>. Acesso em: 30 jun. 2011.
- BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983.
- BRASIL. *Código Penal*. 16. ed. São Paulo: RT, 2011.
- BRASIL. *Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 153*. Brasília, 29 abr. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 1.085/IT*. Brasília, 08 jun. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 925/PR*. Brasília, 10 ago. 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição nº 974/AR*. Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- CASTRO, Celso. *O golpe de 1964 e a instauração do regime militar*. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC-FGV). Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/Golpe1964>>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- COSTA RICA. *Corte interamericana de direitos humanos: caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil*. São José, 24 nov. 2010. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 20 jun. 2011.
- DINGES, John. *Os anos do condor: uma década de terrorismo internacional no cone sul*. São Paulo: Cia das Letras, 2005.
- DIRETOS Humanos. *Carta maior*. São Paulo. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=15155&boletim_id=445&componente_id=8012>. Acesso em: 10 jun. 2011.
- FERREIRA, Marieta de Moraes. *As reformas de base*. Rio de Janeiro: CPDOC-FGV. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/As_reformas_de_base>. Acesso em: 25 jun. 2011.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal penal internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MALARINO, Ezequiel; AMBOS, Kai. *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*. Montevideo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2003.

POLÍTICA. *Carta Capital*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/wikileaks-lula-deixou-a-faxina-para-outros-nos-arquivos-da-ditadura>>. Acesso em: 15 jun. 2011.

ROCHA, Leonel. Cacofonia Oficial. *Revista Época*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,emi116453-15223,00-cacofonia+oficial.html>>. Acesso em: 12 jun. 2011.

SCHABAS, William A. *The UN International criminal tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. New York: Cambridge University Press, 2006.

SILVA, Alberto Franco. *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUSHEK, Adriana; VIETA, Carina. *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2003.

WEICHERT, Marlos Alberto. Anistia a graves violações a direitos humanos no Brasil: um caso de suprema impunidade. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, jul./dez. 2009.

**Para publicar na Revista de Direito Internacional,
acesse o endereço eletrônico www.publicacoesacademicas.uniceub.br.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.**