

A derrogação da Lei de Anistia no caso brasileiro: um dilema entre a imprescritibilidade e a proibição de irretroatividade. Uma análise a partir da cláusula *pro homine* do postulado da razão prática

The derogation of the Amnesty Law in the Brazilian case: a dilemma between non-applicability of statutory limitations and the prohibition of non-retroactivity. An analysis from the pro homine clause and the postulate of practical reason

Marcus Vinícius Xavier de Oliveira¹

Resumo

Este trabalho, duplamente estruturado sobre argumentos da filosofia política e jurídica e da dogmática constitucional, penal e dos direitos humanos, busca enfrentar, a partir dos próprios postulados e fundamentos da Ciência Jurídica, a controvérsia acerca da (im)possibilidade de derrogação da Lei de Anistia de 1979 em decorrência da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund, e que é proporcionalmente contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153. Para tanto, fundamentando os argumentos centrais sobre os postulados da autonomia do direito e da razão prática, buscou-se superar a antinomia entre as duas decisões a partir da cláusula *pro homine*. Assim, logo após expor esses fundamentos iniciais, enfrentou-se o problema da origem da Lei de Anistia, situado no contexto identificado como constitucionalismo de transição. Em tópico seguinte, foram apresentados os principais pontos fáticos, jurídicos e jurisprudenciais da controvérsia, em especial um resumo das decisões judiciais objeto do estudo. Nos dois últimos tópicos, logo após apresentar os principais fundamentos para a solução de antinomias reais – o dever de coerência e o postulado da razão prática -, buscou-se dilucidar a origem dos argumentos a favor da derrogação, bem como os princípios jurídicos que impediriam tal fato. Ao final conclui-se pela impossibilidade jurídica de tal medida, tendo como fundamento os princípios da estrita legalidade em Direito Penal e da irretroatividade.

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Rondônia, Brasil. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com linha de pesquisa em Direito Penal Internacional e Direito Internacional. Advogado. Tradutor. E-mail marcusoliveira@unir.br

Palavras-chave: Derrogação da Lei de Anistia. Conflito Real de Normas. Dever de Coerência. Imprescritibilidade. Princípios da Legalidade e da Irretroatividade

Abstract

This work, doubly structured on the arguments of political and juridical philosophy and on constitutional, criminal and human rights doctrines, tries to confront, from the very principles and foundations of Jurisprudence, the controversy over the (im)possibility of derogation from the Law of Amnesty of 1979, as a result of the ruling handed down by the Inter-American Court of Human Rights in the Gomes Lund Case, and which is proportionally contrary to the decision of the Federal Supreme Court in ADPF 153. For that, grounding the central arguments on the autonomy of the law and practical reason, we sought to overcome the antinomy between the two decisions from the pro homine clause. Thus, after exposing these initial foundations, the problem of the origin of the Amnesty Law, located in the context identified as transitional constitutionalism, was faced. In the next section, the main factual, legal and judicial points of the controversy were presented, in particular a summary of the judicial decisions that are the object of the study. In the last two topics, shortly after presenting the main foundations for the solution of real antinomies - the duty of coherence and the postulate of practical reason - we tried to clarify the origin of the arguments in favor of the derogation, as well as the legal principles that would prevent such fact. In the end, the legal impossibility of such a measure is concluded, based on the principles of strict legality in Criminal Law and non-retroactivity.

Keywords: Derogation of the Amnesty Law. Real Conflict of Norms. Duty of Consistency. Non-applicability of Statutory Limitations. Principles of Legality and Non-retroactivity

1. Introdução

No presente trabalho intentar-se-á dilucidar o problema decorrente da condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, no qual a Corte, julgando os fatos ocorridos no início da década de 1970 no contexto da Guerrilha do Araguaia, em que houve o enfrentamento entre o Exército brasileiro e os membros do PCdoB que haviam se instalado na região para promover o início de um processo revolucionário de cariz comunista. Desse confronto, tendo as forças armadas logrado debelar e capturar os guerrilheiros e camponeses que lhes davam suporte material e moral, salvo exceções, todos foram torturados e executados, seguido da ocultação dos corpos.

A Corte, ao apreciar a demanda, considerou que o Estado brasileiro, por intermédio de seus agentes, havia praticado desaparecimento forçado de pessoas, tipificando-o, nesse sentido, como um crime contra a humanidade. Em razão disso, condenou-o a cumprir suas obrigações convencionais decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH), determinando, dentre outros pontos, a derrogação da Lei de Anistia de 1979 e o exercício da persecução penal em face dos agentes que, no curso da ditadura civil-militar, praticaram o desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que, segundo a sua jurisprudência, tais crimes seriam insuscetíveis de anistia e imprescritíveis, tendo como normas de fundamentação costumes internacionais.

Nesse trabalho, portanto, será discutido a (im)possibilidade de cumprimento dessa decisão, tendo como pontos de ancoragem os princípios da irretroatividade, da estrita legalidade em Direito Penal, dado o caráter costumeiro de que se revestem a inastiniabilidade e a imprescritibilidade, bem como a chamada cláusula *pro homines*, prevista no artigo 29 da CADH, tomando como norte referencial o postulado da razão prática.

A linha que será seguida na discussão firma-se sobre o seguinte raciocínio: se cabe ao Direito Penal dar tutela aos Direitos Humanos, ele deve fazê-lo a partir de seus próprios fundamentos principiológicos, mormente porque as garantias materiais e procedimentais que lhe dão estruturagarantística e democrática constituem-se em Direitos Humanos expressamente assegurados pelas convenções internacionais, e que, numa interpretação orientada pela concordância prática na forma da cláusula *pro homine*, deve privilegiar a eficácia jurídica mais protetiva ao indivíduo.

Disso decorre, doutro passo, que o presente estudo busca firmar-se sobre a ideia central de que o direito, seja enquanto campo epistemológico com objeto, princípios e finalidades próprias, seja enquanto norma (*rectius* ordenamento jurídico), reivindica e estriba-se sobre uma autonomia face às demais formas de normatização da sociabilidade humana, mormente porque, diversamente da religião, da moral, da economia e da

política, é o único campo dotado de coercibilidade, isto é, a potência que o Estado tem de, independentemente do consentimento do destinatário da norma, impor o seu cumprimento mediante o exercício do poder-violência caso não ocorra o cumprimento voluntário do comando normativo².

Conforme Lenio Luiz Streck, se a tarefa essencial que cabe à Ciência Jurídica é a de constituir-se em um conjunto de teorias orientadas pela racionalidade jurídica que têm por função subministrar fundamentos e princípios para a interpretação das normas jurídicas (*razão prática*), num regime democrático, fundado sobre a necessidade de se coarctar o quanto e o mais possível a arbitrariedade e/ou a discricionariedade dos agentes estatais, esta coarctação se dá, de um lado, na submissão de todas as normas à Constituição, ato com o qual se limita o poder do legislador, e de outro lado na delimitação do *juris dicere*, *i.e.*, em não permitir ou legitimar que juízes possam dar às palavras com as quais se gravam as normas em uma sociedade democrática o sentido que eles queiram dar, quanto mais se esta interpretação não estiver estribada em princípios jurídicos, mas em postulados morais, políticos etc

Por outro lado, parece despiendo acentuar ou lembrar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma proibição de interpretar. Ora, interpretar é dar sentido (*Sinngebung*). É fundir horizontes. E o Direito é um sistema de regras e princípios, comandado por uma Constituição. Que as palavras da lei (*lato sensu*) contêm vagezas e ambigüidades e que os princípios podem ser – e, na maior parte das vezes, são – mais abertos, em termos de possibilidades de significado, não constitui nenhuma novidade. O que deve ser entendido é que a aplicação desses textos (isto é, a sua transformação em normas) não depende de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, dando razão a Kelsen (1987), para quem *a interpretação a ser feita pelos juízes é um ato de vontade (sic)*. O drama da discricionariedade aqui criticada é que esta transforma os juízes em legisladores. Isso enfraquece a autonomia do Direito

² E por isso coercibilidade (REALE, 1996) e não coercitividade, como defendido, *e.g.*, por Kelsen (KELSEN, 1998, pp. 48-55).

conquistada, principalmente, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Combater a discricionariedade não significa dizer que os juízes não criam Direito (sem olvidar o relevante fato de que, no mais das vezes, a discricionariedade se transforma em arbitrariedade, soçobrando, assim, o direito produzido democraticamente). Mas não é esse tipo de criação judicial que está em causa no debate Dworkin-Hart e tampouco nas críticas que faço ao positivismo à luz da hermenêutica filosófica (STRECK, 2009, p. 69).

Assim, a autonomia do direito, orientada pelo postulado da razão prática, leva a considerar-se que o

[...] Direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do Direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, desse modo, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX e atinge o seu auge com a elaboração das constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra. Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que engendra(ra)m. Conseqüentemente, a sua autonomia torna-se a sua própria condição de possibilidade. Supera-se, desse modo, o problema da dimensão meramente institucional do Direito ou que o coloca como caudatário do poder ou, ainda, “como mera técnica a serviço de concepções absenteístas de Estado” (que, paradoxalmente, necessitam que o Direito tenha o mínimo de autonomia possível) [...] Dito de outro modo, se for diminuído o espaço de poder da vontade

geral e aumentado o espaço da jurisdição (contramajoritarismo), parece evidente que, para a preservação da autonomização do Direito, torna-se necessário implementar mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do pólo de tensão da legislação para a jurisdição: as decisões judiciais. Isso implica discutir o cerne da teoria do Direito, isto é, o problema da discricionariedade na interpretação, é dizer, das decisões dos juízes e tribunais [...] autonomia do Direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo Direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o Direito em permanente “estado de exceção”, o que, ao fim e ao cabo, representa o próprio declínio do “império do direito” (alguém tem dúvida de que essa questão é retroalimentada permanentemente, mormente nos países de modernidade tardia como o Brasil?) (STRECK, 2009, pp. 74-75).

A discussão que se procurará entabular nesse artigo não descarta que ele toca um tema potencialmente sensível no atual contexto brasileiro, razão mesma pela qual ele precisa ser enfrentado a partir de bases racionais orientadas pela autonomia do direito frente às demais formas de normatização da vida social, formas estas que, quando trazidas para a dissolução da aporia na qual ela está situada, têm aportado razões em favor da derrogação da Lei de Anistia imbricadas em inúmeros argumentos morais e políticos. Nesse sentido, é preciso aferir se tais argumentos morais e políticos devem ser de fato acolhidos pela interpretação jurídica orientada por princípios jurídicos.

2. A Lei de Anistia brasileira, a EC 25/86 e o Constitucionalismo de Transição

Parece não existir nenhuma dúvida razoável acerca do modelo de constitucionalismo no qual se insere a Constituição brasileira de 1988: o de transição.

Se tradicionalmente a doutrina constitucional moderna (TEIXEIRA, 1991, pp. 221-222; SILVA, 2001, pp. 40-42;

FERREIRA FILHO, 2005, pp. 24-28) compartilhou o exercício do poder constituinte originário em dois modelos, o democrático/revolucionário e o autocrático/autoritário, com uma riqueza modal interessantíssima entre um e outro (*e.g.* constituições cesaristas, bonapartistas, de matriz comunista, demoliberal, autoritárias etc), conforme ele seja exercido, para utilizar a díade bobbiana (BOBBIO, 1986, pp. 62-65), respectivamente, *ex parte populi* ou *ex parte principis*, e do qual exsurge uma segunda dicotomia importante, constituições promulgadas – democráticas – e constituições outorgadas – autocráticas –, a partir da segunda metade do século XX, e mais especificamente na América Latina a partir das décadas de 1980 e 1990, no bojo daquilo que se tem denominado de “novo constitucionalismo latino-americano” (MELO, 2010, pp. 144-145), se pode afirmar o surgimento de novos modelos de dação da Constituição³, no qual se insere o caso brasileiro.

Para compreendê-lo será útil nos socorrermos de uma análise gramatical: o vocábulo transição, derivado do verbo transitar, derivado, por sua vez do substantivo trânsito, denota uma ação que se protraí no tempo, ao final do qual se realiza ou se consuma um resultado determinado ou esperado. Assim, uma sentença que transitou em julgado é aquela decisão judicial que, tendo sido publicada, e contra a qual não se interpôs o recurso cabível, ou, se interposto, contra esta decisão não caiba mais recurso algum, findo o prazo recursal legalmente previsto alcança o estado de coisa julgada, caracterizado, em geral, por sua imutabilidade, com o qual se extingue a lide.

Esta imagem de uma ação que tem seus termos *a quo* e *ad quem*, e ao final do qual se tem uma nova ordem constitucional, é estranha à doutrina constitucional tradicional. Ou o poder constituinte se exerce *ex parte populi*, mediante um ato revolucionário, ou o poder constituinte se exerce *ex parte principis*, mediante um golpe de estado, com o qual se subtrai do povo o exercício desse poder de fato⁴; mas em ambas as hipóteses tem-se

³ É a expressão utilizada por Müller [*Verfassungsgebend*: literalmente “o que dá a Constituição”, isto é, constituinte) (MÜLLER, 2004).

⁴ Mas não a titularidade, na medida em que busca legitimidade no “povo” (MÜLLER,

um ato que põe fim à ordem constitucional, e não um processo. Em outros termos, tradicionalmente, *tertio genus non datur...*

Contudo, é preciso compreender as formas de exercício do poder constituinte originário para além das limitações interpostas pela tradicional doutrina constitucional, e não porque ela esteja errada, mas porqueno explica um fato histórico nada banal nesse campo do conhecimento jurídico, qual seja: aquilo que se denomina de poder constituinte originário se exerce e se exerceu de muitas e variadas formas ao longo dos tempos (TAVARES, 2002, p. 2; FIORAVANTI, 2011). Ao se aceitar o fenômeno historicamente contínuo de que todas as sociedades políticas se constituíram e ou se constituem segundo suas condições sócio-econômico-políticas, no sentido de que se dão uma constituição (não necessariamente escrita) e institucionalizam o como do exercício do poder político (MIRANDA, 2002, pp. 17 e ss), é tarefa da ciência do direito constitucional explicar estas formas e modos, mesmo que com isso seja preciso superar cânones derivados do constitucionalismo moderno no qual se insere a díade indicada.

Assim, para demarcar o problema em seu fundamento doutrinário, é interessante notar que Ferreira Filho afirma que o processo constituinte de 1987/1988 não se originou do exercício do poder constituinte originário, mas de um processo de reforma integral da constituição de 1969, uma vez que a Assembleia Nacional Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional n. 26/1985, não tendo havido, com isso, uma ruptura com a ordem constitucional anterior. Em razão disso, concretamente, o ordenamento nacional brasileiro ainda estaria sob a autoridade normativa da constituição castrense (FERREIRA FILHO, 2005, pp. 31-32). O interessante dessa análise é que a CF/1969 não previa a possibilidade da sua reforma integral, mas só a de emendas⁵, e o mesmo Ferreira Filho que faz tal afirmativa, em outro passo de seu livro indica a ilegitimidade constitucional de qualquer procedimento reformador sem que o texto constitucional o autorize (FERREIRA FILHO, 2005, pp. 28-29).

1998).

5 Artigos 49, I e artigos 50-53 da CF/1969.

Se não havia tal autorização, como se interpretar a EC 26/1985? Como expressão de um poder revolucionário, no sentido que é dado por Guastini:

A noção de poder constituinte – quando oportunamente depurada de incrustações ideológicas – se define, simplesmente, por oposição ao de poder constituído.

[...]

Chama-se, ao contrário, “constituinte”, ao poder de instaurar uma “primeira” Constituição.

Chamo “primeira Constituição” a toda Constituição que não encontra seu fundamento de legitimidade numa Constituição precedente. Uma primeira Constituição é, em suma, uma Constituição emanada *extra ordinem* – fruto de uma revolução – e, portanto, privada de fundamento de validade em normas (as eventuais normas sobre a produção constitucional) próprias do ordenamento constitucional precedente.

[...]

Pode-se convencionar que o poder de reforma constitucional é um poder constituído (constituído pela Constituição existente), e que o poder de instauração constitucional seja, ao contrário, o poder constituinte. Pois bem: que distingue a reforma constitucional, isto é, o poder de modificação da Constituição existente, da instauração constitucional, isto é, da emanação de uma nova Constituição?

[...]

Esta pergunta admite (ao menos) duas respostas interessantes; qualquer delas *supõe* uma forma diversa de se conceber a *Constituição* (e do critério de sua identidade) e *implica* uma concepção diversa de *poder constituinte*.

[...]

A primeira resposta soa grosso modo assim: uma Constituição é uma totalidade coerente e conexas de valores ético-políticos. A identidade material (axiológica) de toda Constituição descansa precisamente no conjunto de valores – os princípios supremos – que a caracterizam e daa distinguem de qualquer outra Constituição.

Assim, uma coisa é revisar a Constituição existente (em suas normas de detalhe) sem alterar a identidade material ou axiológica, e outra coisa é modificar o “espírito” da Constituição existente, isto é, alterar, perturbar ou subverter os valores éticos-políticos que a caracterizam.

Uma coisa é a simples reforma constitucional e outra – ainda que seja sub-reptícia – é a instauração de uma nova

Constituição. Uma coisa é o exercício de um poder constituído (o poder de reforma), e outra é o exercício do poder constituinte.

Distinguem-se a reforma e a instauração constitucional, então, não sob um perfil formal – pelo fato de que uma advém em forma legal e outra de forma ilegal, *extra ordinem* – mas sim sob o perfil substancial: é uma reforma toda modificação marginal, é instauração toda alteração – ainda que legal – da identidade axiológica da Constituição.

Do raciocínio anterior se segue, entre outras coisas, que em nenhum caso pode a reforma constitucional ser exercida para a modificação dos princípios fundamentais da Constituição existente. Tais princípios são limites (lógicos) não franqueados para a reforma constitucional.

[...]

Toda modificação constitucional realizada de forma legal – por mais que possa incidir profundamente sobre a Constituição existente – é mera reforma. Toda modificação realizada de forma ilegal – por mais marginal que possa ser essa mudança – é instauração de uma nova Constituição. Em suma, a modificação legal da Constituição é exercício do poder constituído, enquanto que sua modificação ilegal é exercício do poder constituinte (GUASTINI, 2001, 39-42).

Em outros termos, ou se admite o modelo aqui indicado como constitucionalismo de transição, o qual parece corresponder à realidade histórica da qual emergiu a CRFB/88, e com isso se conclui que ela foi fruto de um longo, árduo e complicadíssimo processo político de transição do regime civil-militar instaurado em 1964 (MACIEL, 2014, pp. 223-249), ou se conclui que a EC 26/1985 seria a instauração de um processo de reforma total da CF/69; mas como ela não previa tal processo, a CRFB/88 se caracteriza como resultado de um poder *extra ordinem*, isto é, revolucionário. Em ambos os casos, a consequência lógica e inafastável é a de que, concretamente, ocorreu o exercício do poder constituinte originário e a CRFB/88 é inaugural⁶, fruto de um processo de escolha popular parcial nas eleições 1986⁷, conforme previsto pelo artigo 1º da EC 26/85⁸, e

6 Esse tema já foi enfrentado no STF quando do julgamento da ADPF 153, mormente nos votos dos ministros Eros Grau (Relator) e Carmen Lúcia.

7 Parcial porquanto a Assembleia Nacional Constituinte também foi composta pelo

não, como quer Ferreira Filho, ou mesmo o queria o Ministro Teori Zavascki, como uma continuidade político-constitucional da ordem anterior⁹.

Nesse modelo de constitucionalismo de transição se manifestam algumas circunstâncias políticas – e não somente jurídicas – que a condicionam de forma bastante destacada, a saber:

denominados “senadores biônicos”, isto é, os senadores eleitos indiretamente por colégios eleitorais em cada Estado da Federação para um mandato de oito anos, decorrente do chamado Pacote de Abril 1977 (EC 8/1977). A participação dos 23 senadores que não haviam sido eleitos pelo voto popular para atuarem na Assembleia Nacional Constituinte foi objeto, logo em sua instalação, de questão de ordem levantada pelos constituintes Plínio de Arruda Sampaio e Roberto Freire, mas foi rechaçada pelo Plenário da Assembleia Nacional.

8 Com efeito, o artigo 1º da EC 26/85 tem a seguinte redação: “Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional” (sic).

⁹ Nesse sentido, o voto exarado pelo Min. Teori Zavascki quando do julgamento da ADI 4357: “7. O argumento que distingue as situações pela natureza do poder constituinte que produziu a norma constitucional parte de um pressuposto questionável: o de que a Constituição de 1988 é manifestação do poder constituinte originário. Embora seja relativamente fácil, no plano teórico, distinguir os conceitos de poder constituinte originário e poder constituinte derivado (ou constituído), há uma enorme dificuldade em identificar, concretamente, no plano histórico, um do outro. Tem-se, em doutrina, como poder constituinte originário o de *fundar uma nova ordem constitucional*, rompendo a ordem jurídica anterior. Trata-se, portanto, de poder que não deriva de uma anterior Constituição, que está fora das Constituições e acima delas, um poder essencialmente político, um *poder de fato*, quase sempre produto de revolução ou de golpe de estado, e que, portanto, tudo pode em seu desiderato fundante. Já o poder constituinte derivado seria o poder de *revisar ou reformar a ordem constitucional vigente*, e sua legitimidade estaria justamente em ser exercido na forma e nos limites fixados em norma jurídica pré-existente, qualificando-se, assim, não como um poder de fato, mas como um *poder de direito*, formalmente legitimado pela ordem constitucional [...] Mas a atual Constituição, de 1988, não derivou de golpe de estado, nem de revolução, nem de rompimento com a ordem jurídica precedente. Ainda que se reconheça ter sido ela impulsionada por um incontido desejo social de mudança, é negável que ela foi protagonizada sem quebra do regime constitucional [...] não há como negar a ausência de qualquer ruptura institucional na oportunidade. O poder constituinte de 1988 atuou, não como *poder de fato*, mas como autêntico *poder de direito*, tendo sido convocado e instalado por força de emenda à Constituição (Emenda Constitucional 26, de 27.11.1985), e isso lhe retira a característica teórica mais significativa de poder constituinte originário, que é a do rompimento com a ordem jurídica vigente”.

A) Sendo decorrência de um processo político em que o governo autoritário e a oposição pactuam o “como” da transição, detendo aquele os poderes políticos e institucionais de fato, e a oposição democrática, geralmente conformada numa unidade não homogênea¹⁰, a legitimidade política fundada na pretensão de restauração do regime democrático, é bastante óbvio que não se há de falar em “paridade de armas”. O tempo, modo e conteúdo do processo são regidos pelos humores e poderes daqueles que exercem o poder¹¹, cabendo à oposição, de acordo com as suas possibilidades e formas de pressão, conquistar, passo a passo, o acolhimento de seu projeto. Exemplo emblemático no caso brasileiro, como já demonstrado, foi o pacote de Abril de 1977.

¹⁰ Por mais paradoxal que este termo se apresente, já que a oposição é composta por grupos políticos os mais diversos que se congregam num bloco político que tem por objetivo comum tornar possível a transição, e não a formação de um novo governo após a sua consumação.

¹¹ Para que não reste a menor dúvida, os próprios membros do STF à época se puseram a favor do regime civil-militar, defendendo, de um lado, a manutenção dos seus *status*, e de outro a mitigação das transformações que se desencadeariam com a Constituinte: “À margem do debate constituinte, definia-se a mobilização corporativa dos juízes, liderada pelos dirigentes dos tribunais e que ultrapassava a direção institucional do STF na formulação de proposta para o Judiciário. No início dos anos de 1980, eles viam com reservas mudanças constitucionais mais profundas, mas a Constituinte apareceu como uma oportunidade para promoverem o fortalecimento do Judiciário, na qual reivindicavam voz e voto para os magistrados. Essa perspectiva se diferenciou, pois os dirigentes dos tribunais limitaram-se às questões corporativas, enquanto as associações de juízes ligaram-se às de outras profissões jurídicas e associações populares, e incorporaram demandas de centro-esquerda pela ampliação dos direitos e garantias. Os ministros do STF adotavam posições de centro às de direita ao encarar com reservas a Constituinte. Visavam preservar o STF de mudanças mais profundas e retomar a liderança que eles tinham perante os demais juízes ao promover as próprias demandas. Em fevereiro de 1985, falavam em “possíveis reformas constitucionais”, com as quais os juízes deveriam colaborar junto às autoridades políticas, num “momento de reencontro do país com a plenitude do direito e com as aspirações democráticas”. O novo presidente do STF, Moreira Alves, considerava o momento “delicado”, pois o país ingressava em “nova fase política”, na qual se apresentavam todo tipo de dificuldades, aspirações, expectativas. Ressaltava a excelência do STF e reafirmava a agenda das últimas décadas: o problema era a crise do STF causada pelo número excessivo de processos, contra o qual as reformas adotadas teriam resultado positivo. O STF tinha a visão integral do Judiciário, cujos problemas “não se enfrentam com diletantismos, muito menos com experimentações, jamais com os olhos postos no aplauso imediato””. (KOERNER, FREITAS, 2013, p. 141-184).

Em outros termos, não se faz transição segundo um modelo ideal forjado academicamente, mas segundo as possibilidades concretas, com todos os riscos, desafios e fracassos que o embate entre desiguais condiciona¹². Basta lembrar, para ficarmos no âmbito da visibilidade política, que no Brasil os grandes meios de comunicação de massa se puseram, desde sempre, a favor do regime militar e, uma vez consumada a transição, no espectro mais conservador da política nacional¹³.

B) Uma segunda característica digna de nota nesse contexto é a possibilidade de convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte. Para ficarmos no âmbito regional, o Brasil e outros Estados se caracterizam por regimes constitucionais em que a transição se fez mediante a promulgação de novas constituições, diversamente do que ocorreu na Argentina, cuja Constituição data de 1853, embora submetida a um processo de reforma constitucional em 1994. Já no contexto europeu, a Espanha passou por idêntico modelo ao brasileiro entre 1977/1978, inclusive com a aprovação de uma Lei de Anistia em

¹² “Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo a sua livre vontade; não a fazem sob circunstâncias de sua escolha e sim sob aquelas com que se defrontam diretamente, legadas e transmitidas pelo passado. A tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos. E justamente quando parecem empenhados em revolucionar-se a si e às coisas, em criar algo que jamais existiu, precisamente nesses períodos de crise revolucionária, os homens conjuram ansiosamente em seu auxílio os espíritos do passado, tomando-lhes emprestado os nomes, os gritos de guerra e as roupagens, a fim de apresentar e nessa linguagem emprestada.” (MARX, 2015, p. 15). Se isto é uma verdade nas revoluções, o que se dirá em transições?

¹³ Será preciso relembrar os editoriais e manchetes d’O Globo, Estado de São Paulo e Folha de São Paulo favoráveis ao golpe civil-militar em 02 de abril de 1964, ou a nomeação pel’O Globo de dissidentes políticos da Fundação do Comando dos Trabalhadores Intelectuais no editorial do dia 07 de abril de 1964, quando as práticas das prisões arbitrárias e de tortura já se disseminara pelo Brasil afora?

1977¹⁴, enquanto que em outros países se optou pela reforma integral da Constituição¹⁵.

O que este fato demonstra é que não existe um “modelo” estanque de transição, mas formas de transição, cabendo à ciência do direito constitucional explicá-los, mas não estandardizá-los, afinal, é para isso que serve o direito (constitucional) comparado¹⁶.

C) Por fim, uma característica proeminente do regime de transição constitucional encontra-se no fato nada banal de que este processo implica na possibilidade, real, de que a nova ordem constitucional tenha que “levar às costas”, e por muitos anos, algo dos entulhos autoritários vigentes na ordem constitucional anterior, *e.g.*, a preservação temporal dos mandatos de governo e parlamentar, a permanência dos membros do judiciário¹⁷ e

14 Trata-se da Ley 46, de 17 de outubro de 1977, pela qual o regime franquista, já em vias de sua substituição pela democracia, anistiou os crimes praticados quer durante a guerra civil quer durante a ditadura de Franco. Disponível em <https://www.boe.es/boe/dias/1977/10/17/pdfs/A22765-22766.pdf>, acessado em 20.jan.2011, às 11:00.

15 É o caso da constituição húngara, que na transição do regime comunista para o demoliberal, foi integralmente reformada, à exceção do artigo que fixava Budapeste como capital do país. (ROSENFELD, 2003, p. 20).

16 Sobre a função do direito comparado e o seu resultado a partir da *tertiocomparationis* (ZWEIGERT, KÖTZ, 1998, pp. 36-55).

17 Este sintoma se manifestou de forma bastante interessante quando Michel Rosenfeld veio ao Brasil fazer uma série de conferências. Perguntado sobre o caso Ellwanger (HC 82424), posto que o Min. Relator do habeas corpus, Moreira Alves, que fora nomeado no regime militar para compor o STF, concedera o habeas corpus sob o argumento de que, como cientificamente não existem raças, Ellwanger não teria cometido o crime de racismo, ele respondeu: “Por último, mas não menos importante, há esse debate sobre o habeas-corpus no contexto da Suprema Corte brasileira. Isso levanta uma série de questões que eu não posso tratar, mas posso apontar algumas. Uma delas é: o juiz indicado pelo governo militar é um juiz constitucional legítimo? Bom, enfim, nós podemos ter um debate sobre esse assunto, porque ele levanta algumas questões de legitimidade muito interessantes em termos das indicações. Não sei qual é a visão desse juiz ou se esse juiz é alguém que desejaria que a ditadura militar estivesse ainda hoje em funcionamento e está fazendo o melhor que pode para interpretar a Constituição de maneira consistente com aquela visão, e, nesse caso, eu diria que, se fosse minha a democracia, eu tentaria livrar-me dele. Ou, apesar de ter sido indicado pelo governo militar, com o fato da lei ter mudado, da constituição ter mudado, ele é, hoje, um juiz constitucional perfeitamente aceitável? Eu não sei.” (ROSENFELD, 2004, pp. 60-61).

ministério público nomeados no regime anterior, a dificuldade concreta em se enfrentar práticas autoritárias na administração e segurança públicas (PINHEIRO, 1999; PIOVESAN, SALLA 2001, pp. 30-34), apesar da e contra as novas regras constitucionais, a vigência da historiografia oficial, a permanência da interpretação do direito vigente na ordem anterior etc. A validade ou não das leis de anistia, com efeito, se insere nessa circunstância.

Mas também é uma característica da nova ordem constitucional uma vinculação imediata, mas nem sempre concreta, com as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se antes esta adesão se dava somente no plano formal, a nova ordem constitucional imbrica, definitivamente, o ordenamento jurídico nesse contexto transconstitucional em que os Direitos Humanos assumem não só a tradicional eficácia vertical – Estado-Comunidade Internacional –, mas também horizontal – Estado-Cidadão¹⁸ –, na medida em que eles passam a compor o próprio ordenamento nacional (BARACHO, 2008, pp. 127 e ss). Em outras palavras, a legitimidade não vem só de dentro – respeito às normas e procedimentos democráticos instituídos pela nova Constituição –, mas também de fora, na medida em que as normas decorrentes das obrigações internacionais de Direitos Humanos se manifestam como fatores preponderantes para a legitimação do governo democrático¹⁹. Em outras palavras, os regimes jurídicos se complementam.

É nesse ponto de intersecção entre o direito nacional pré-CRFB/88 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos que se encontra a celeuma que deu azo ao presente trabalho.

¹⁸ Nesse sentido, o voto em separado do Juiz Cançado Trindade no *case Belgium v. Senegal – Questions relating to the obligation to prosecute or extradite* –, julgado em 20 de julho de 2012, disponível em <http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17072.pdf>, acessado em 30 de agosto de 2013.

¹⁹ Sobre a transformação da jurisprudência do STF acerca do tema (DE OLIVEIRA, 2012, pp. 1-31); sobre o problema relacionado ao conceito de soberania e a sua compreensão desde o tipo Estado Constitucional Cooperativo (KOTZUR, 2012, pp. 1-19).

Posto isto, resta o problema das leis de anistia à brasileira, uma passo decisivo para a consolidação do processo de transição. Leis de anistia, e não a lei, porquanto essa forma de extinção do crime²⁰ foi concedida no ordenamento jurídico brasileiro em duas ocasiões durante a transição constitucional: em 1979, com a Lei 6.683 de 28 de agosto, e pela EC 26/85, em seu artigo 4º.

Parece não haver qualquer controvérsia quanto aos efeitos da anistia em favor daqueles que foram vítimas do subsistema penal DOPS-DOI/CODI, muitos deles submetidos às mais atrozes formas de tortura, perseguições políticas e perdas de seus direitos civis e políticos²¹, o que possibilitou, para muitos, o retorno do exílio e a retomada de suas vidas e carreiras profissionais, inclusive mediante as suas readmissões no serviço público. O “problema” se estabeleceu, desde cedo, na interpretação extensiva dada às expressões “crimes conexos”, previstas, respectivamente, no artigo 1º, caput e §1º da Lei 6.683/79 e artigo 4º, §1º da EC 26/85.

Por essa interpretação, os autores de crimes praticados pelo regime civil-militar, mormente os pertencentes às forças armadas e aos corpos de segurança pública, e seus superiores hierárquicos, também teriam sido anistiados, impedindo-se, com isso, o exercício da perseguição penal, no que se convencionou a denominar hoje de autoanistia.

²⁰ É a lição de Nilo Batista, que sustenta, seguindo Aníbal Bruno, uma concepção formal de anistia em detrimento da concepção material, que afirma a extinção da punibilidade: “Da perspectiva técnico-jurídica, a anistia intervém sobre a norma secundária, tornando-a inaplicável [...] Se a anistia torna ineficaz a sanção subsistindo, evidentemente, o preceito - e se é a especificidade da sanção que distingue formalmente o crime, a conclusão é no sentido de que a anistia extingue (formalmente) o crime. Para além, portanto, da significação material anotada por Jescheck, de “renúncia ao direito de execução da pena” (“*Verzichtauf das Strafvollstreckungsrecht*”), consideramos que ao desconectar a pena do tipo o ato de graça extingue o caráter criminal do acontecimento. Reflexos disto no *jus persequendi* e no direito de executar a pena são ... reflexos” (BATISTA, 1979, p. 20).

²¹ Será preciso lembrar que após o AI 5, momento de maior recrudescimento do regime civil-militar, chegou-se a instituir a pena de banimento (AI 13/69) e a de morte (AI 14/69), e que em ambos os casos o processo era julgado pela justiça militar, impedida a revisão judicial “civil” e a concessão de habeas corpus, por força dos AI 5 e AI 6/69?

Afirma-se que desde cedo porquanto, como já dito em linhas acima, mal a lei de 1979 fora promulgada, vários atores sociais se contrapuseram à referida interpretação (SWENSON JÚNIOR, 2010, pp. 23-33), destacando-se, nesse sentido, Nilo Batista, que publicou artigo na Revista de Direito Penal enfrentando referida controvérsia,

Por último, apresentarei a conclusão que me parece mais importante [...] Nós, juristas, costumamos dizer que a lei é mais sábia do que o legislador; algumas vezes, é muito mais sábia [...] Porque, se a análise, que aqui se encerra, da lei 6.683, de 28/ago/79, não estiver muito equivocada; se o legislador quis anistiar delitos políticos, conexos aos políticos e eleitorais; se, entre os conexos, restringiu a aplicação, excetuando as quatro classes já vistas; se delito conexo aos políticos é aquilo que aqui se estudou; se a anistia e o instituto de que se tratou nas linhas acima, não estão abrangidos por ela os torturadores e homicidas de presos políticos. A tortura e o homicídio de um preso não são crimes políticos, nem são crimes conexos a crimes políticos, objetiva ou subjetivamente. São crimes comuns, são repugnantes crimes comuns, que estão a merecer – até quando? - processo e julgamento (BATISTA, 1979, pp. 41-42).

Em outras palavras, não haveria conexão entre os crimes políticos praticados pelos dissidentes políticos e os crimes cometidos pelos agentes da repressão, porquanto estes crimes, à época, eram comuns (e de sangue!), e somente hoje considerados de transcendência internacional na modalidade de crimes contra a humanidade, contra os quais vigeria a regra da imprescritibilidade.

Contudo, a interpretação da conectividade prevaleceu sobre aquela dogmaticamente mais adequada, o que ensejou o fenômeno da impunidade fática dos autores desses crimes²².

No entanto, como nada é perene na história humana, na viragem do século XX para o XXI, passou-se a discutir novamente a valência dessa interpretação, o que redundou em

²² Fática porque, não obstante ser mais do que claro o rechaço político e jurídico de tais práticas, bem como a tipificação da maior parte destes crimes pelos próprios Estados e pelo Direito Internacional, a persecução penal em nível interno ainda se condiciona, em muitos casos, à ineficiência deliberada, querida e ilícita de quem esteja exercendo o poder, de fato ou de direito (AMBOS, KARAYAN, 1999, pp. 33-60).

duas decisões judiciais importantes, conforme se verá no próximo tópico.

3A ADPF 153 e o Caso Gomes Lund

Se desde o início a interpretação da conectividade fora rechaçada por grupos sociais, como e quando ela se manifestou em ato?

Embora seja muito difícil relatar o próprio momento histórico, tamanhas as variáveis que devem ser levadas em consideração, é possível aferir-se, pelo menos em nível bastante amplo, que a tomada de ações concretas contra a interpretação dada à Lei de Anistia precisou de um amadurecimento teórico e prático dos atores sociais sobre os instrumentos jurídico-processuais existentes, bem como de uma verdadeira mudança cultural dos atores jurídicos, em especial o Poder Judiciário, o que, a bem da verdade, acabou por prejudicar a própria eficácia de tais medidas.

Afirmamos, em linhas acima, que dois traços inerentes ao regime de transição, em especial no Brasil, foram, de um lado, a permanência de atores e práticas autoritárias no direito brasileiro, e de outro, a constitucionalização do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que gerou, na prática do direito, um paradoxo: uma Constituição democrática que se vincula internacionalmente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e um Poder Judiciário engessado pela interpretação que não concede a estes a devida eficácia interna, como se verificou de forma bastante evidente no problema da recepção das normas de tratados internacionais sobre essa matéria pelo ordenamento jurídico brasileiro, cuja solução somente ocorreu em 2009, com o julgamento do REExt 466.343. Vinho novo em odre velho...

Nada obstante, diversos atores sociais, mormente aqueles ligados aos Direitos Humanos, se abeberaram na fonte daquilo que se pode identificar com as “mudanças políticas no liberalismo jurídico” (“*change politics of liberal legalism*”) (HAGAN, 2003, p. 35-38), segundo a qual a principal função da justiça (penal) internacional é a de “[...] remover do negociador político a

capacidade de jogar a carta da justiça” (“*to remove from the political negotiator the ability to play the card of justice*”)²³.

No contexto internacional esta tendência se manifestou com a constituição, primeiramente, dos Tribunais Penais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e Ruanda e os Tribunais Penais Mistos – nomeadamente, Serra Leoa, Kosovo, Bósnia e Herzegovina, Timor Leste, Camboja, Líbano e o mais recente, as Câmaras Extraordinárias Africanas –, sendo a maioria deles constituídos mediante Acordo entre estes Estados e o Conselho de Segurança da ONU, e em 1998, com a criação do Tribunal Penal Internacional. Já no plano interno dos Estados, a luta pela implementação dos tratados internacionais de Direitos Humanos, especialmente aqueles que têm por função coibir e punir a violação sistemática desses direitos (tortura, desaparecimento forçado de pessoas, regras mínimas da execução penal etc).

Esta concepção parte do pressuposto de que referidas violações se constituem, *per se*, em crimes contra a humanidade, sendo, nesse sentido, imprescritíveis; além disso, por se constituírem em formas de incriminação universal, manifestam normas *de jus cogens*, sendo inválidas quaisquer normas ou práticas nacionais que impeçam o exercício da persecução penal, não se podendo, ademais, falar-se em retroatividade *in malam partem*, já que, por força de costume internacional, o que se teria é uma persecução penal retrospectiva²⁴.

²³ A expressão é de M. Cherif Bassiouni. (HAGAN, 2003, p. 35)

²⁴ Não se pode perder de vista que para o Direito Internacional, diversamente do que acontece nos direitos nacionais, mormente se pertencentes ao sistema romano-germânico, os costumes ainda se constituem nas principais e mais importantes fontes de direito (GUGGENHEIM, 1958, p. 36): « [...] la coutume, au point de vue de la doctrine, est la source originair et la plus importante. C'est d'elle que la seconde des sources, la convention tira sa validité [...] »), donde, por exemplo, a crítica de Prosper Weil àquilo ao que ele denomina de “*délites et poisons du “tout est coutume”*”, dada a tendência contemporânea em considerar, *e.g.*, resoluções de organizações internacionais, convenções em processo de ratificação, projetos de tratados internacionais, decisões de Cortes Internacionais etc como costumes internacionais não em formação, mas já dados pela prevalência da *opinio juris* em detrimento do *usus*. (WEIL, 1992, pp. 160-188). É nessa linha que M. Cherif Bassiouni, objetivando afastar a acusação de que os julgamentos por crimes contra a humanidade – em especial *Regina vs. Finta* – ofenderam ao princípio da irretroatividade da lei penal –; tratar-se-ia, em sua interpretação, de um julgamento retrospectivo, e não retroativo –, por conceber o *Report presented to be preliminar*

Uma característica destacada dessa concepção, portanto, é uma leitura interdisciplinar entre Direitos Humanos e Direito Penal, no qual se encontram, no atual contexto,

[...] duas crises agudas: a crise da eficácia dos Direitos Humanos, que no ambiente neoliberal não tardaria a chegar aos chamados direito de primeira geração, e a crise de legitimidade da pena. Como os internacionalistas se apropriaram da pena pelos caminhos teóricos legitimantes (retribucionismo e preventivismo), e não têm que interessar-se pela realidade das criminalizações e execuções penais e seus resultados sociais, frequentemente tendem a recorrer a ela como superação simbólica da crise de eficácia dos Direitos Humanos, como uma espécie de emplasto Braz Cubas contra a hipocondria do desamparado jurídico, à maneira dos funcionalistas sistêmicos, que esperam do encarceramento do condenado a reafirmação da vigência da norma como os inquisidores anelavam das fogueiras a constância da fé. Outorgada uma função positiva, ainda que um pouco mística, à pena, inicia-se paradoxalmente a corrosão dos próprios Direitos Humanos (BATISTA, 2010, pp. 13-14).

Na mesma toada segue a compreensão de Silva Sánchez quando analisa os dois principais argumentos em favor da derrogação das leis de anistia, isto é, ora o apelo à luta contra a impunidade em relação aos crimes contra a humanidade, ora coma afirmação da existência de um direito das vítimas de obterem um provimento condenatório dos acusados como forma de purgar uma expectativa de condenação dos autores. Em síntese, “[...] laevitación de laimpunidad se ha convertido em el más “moderno” de los fines delderecho penal y, desde luego, en uno de losfactores más relevantes de lamodificación – durante la última década – del alcance de principios político-criminalesclásicos” (SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 150-152), donde, *inter alia*, a relativização de muitas garantias materiais e

Peace Conferencebythe Comissiono ontheResponsabilitiesoftheAuthorsof War andonenforcementofpenalties, de 1919 o *status* de norma internacional consuetudinária, pois “The bindingcharacterofcustomaryinternationallawisnotonlybasedonstatepractice, butalsoevidencedbystates’ intentionstobeboundbycertainpractices, *opinio juris*”. (BASSIOUNI, 2011, pp. xi/xxvii-xix).

processuais penais, como a vedação da irretroatividade da lei penal, da taxatividade, da proibição do *bis in idem*, da prescribibilidade, às vezes da própria estrita legalidade em Direito Penal.

De qualquer sorte, é fato que a objeção à anistia dos agentes do regime civil-militar demorou muito a ser contestada juridicamente, o que ensejou sérios – quiçá intransponíveis – problemas à sua derrogação, mormente se se refletir a partir dos princípios da segurança jurídica e da confiança nos atos do poder público.

Internamente, a única tentativa de derrogação da Lei de Anistia digna de nota se deu com a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 (doravante ADPF), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil²⁵, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 21/10/2008²⁶, e julgada pelo Pleno em 29/04/2010, ação na qual participaram na condição de *amicicuriaie* diversas associações que intervieram pró e contra a ação.

Sinteticamente, o pedido inicial consistiu na “[...] declaração de não recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no §1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979.”²⁷ Após fundamentar o pedido ao asseverar a existência de controvérsia constitucional sobre os efeitos da Lei de Anistia, sustentou

[...] não ser possível, consoante o texto da Constituição do Brasil, considerar válida e interpretação segundo o qual a Lei n. 6.683 anistiará vários agentes públicos responsáveis, entre outras violências, pela prática de homicídios, desaparecimentos forçados, abuso de autoridade [...] essa interpretação violaria frontalmente diversos preceitos fundamentais” e que a “[...]

²⁵ A mesma OAB que, em parecer de seu Conselheiro Federal, e futuro Procurador Geral da República e Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, opinou favoravelmente à anistia ampla, geral e irrestrita concedida pela Lei 6683/79, tendo objetado, somente, que referida lei não se estendesse às ações penais já transitadas em julgado e a criação de impedimentos à readmissão dos servidores públicos exonerados do serviço público. *Apud* STF. **ADPF 153**, voto Min. Eros Grau, pp. 23-25.

²⁶ Isto é, quase trinta anos após a lei objetada!

²⁷ ADPF 153, Relatório do Min. Eros Grau, p. 1.

eventual declaração [...] do recebimento [...] implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever do Poder Público, de não ocultar a verdade; [ii] aos princípios democráticos e republicano; [iii] princípio da dignidade da pessoa humana [...]” portanto requereu que o STF “[...] dando interpretação conforme à Constituição, declar[asse] que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende[sse] aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.²⁸

Em outros termos, o que se pretendia com a ADPF 153 era: a) que Lei de Anistia de 1979 fosse interpretada conforme a Constituição de 1988 para o fim de excluir a interpretação da conectividade entre crimes políticos e crimes comuns, e com isso tornar possível a persecução penal dos agentes públicos que haviam cometido crimes contra os opositores durante o regime militar; b) que este passo seria necessário, de um lado, para ensejar a atribuição de responsabilidade penal, e de outro, permitir o acesso à verdade histórica, como seja, dar-se conhecimento e publicidade das atrocidades praticadas nos porões da ditadura e o destino de muitos dos mortos e desaparecidos políticos.

Após as manifestações do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República, dentre outros órgãos, que sustentaram a legitimidade da Lei 6.683/79, e a intervenção de diversos órgãos na qualidade de *amicicuriaie*, o processo foi a Plenário, tendo a ADPF sido julgada improcedente pelo voto de 7 (sete) de seus Ministros, tendo 2 (dois) votado a favor do acolhimento do pedido inicial, conforme consta em sua ementa:

EMENTA: LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA

²⁸ ADPF 153, Relatório do Min. Eros Grau, pp. 2-3.

JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico

da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede 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 o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despicendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade -- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar

antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.
10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

Gostaríamos de destacar alguns fundamentos pelos quais o STF julgou improcedente a ADPF 153:

A) Anistia, enquanto medida político-jurídica extrema, impede que o poder judiciário exerça o *judicial review*. Em outros termos, o que compete ao poder judiciário nesse tema é aplicar a Lei de Anistia, e que segundo a jurisprudência do STF, deve sempre ser “[...] ampla e generosa, sob pena de frustrar seus propósitos político-jurídicos” (STF, RE 165.438, Carlos Velloso). Ademais, situando-se a lei arguida no contexto histórico da transição, é naquele contexto – e não o da época em que a ADPF fora proposta –, que se poderia aferir a exata extensão da cláusula da conectividade, e que emergia de forma muito evidente das fontes históricas do período, interpretação com a qual se negou a acusação de autoanistia;

B) A pretensão de se legitimar a necessidade da revisão da Lei de Anistia a partir do binômio enfrentamento da impunidade-direito à verdade seria falso: não caberia ao processo penal “revelar” a verdade histórica daquela época, mas impor, àqueles que forem considerados culpados, a sanção penal.

C) Os dois fundamentos acima indicados exalam, pois, duas consequências jurídicas fundamentais: a) mesmo que a ADPF fosse julgada procedente, os crimes de sangue praticados nos porões da ditadura já teriam prescrito. Com efeito, o prazo máximo para a prescrição penal no Brasil é de 20 (vinte) anos (CP Art. 109, I); b) outorgar uma interpretação diversa implicaria em violação ao princípio da irretroatividade; e

D) Um fundamento que se destaca com muita ênfase no voto do Min. Celso de Mello é o fato de a regra da imprescritibilidade de

crimes de lesa humanidade não ter ingressado no ordenamento jurídico brasileiro se não quando da ratificação, em 2002, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, não se podendo conceder ao costume internacional eficácia incriminadora por conta do princípio da estrita legalidade no Direito Penal. Em outros termos, o voto parece se fundamentar no instituto do objeto persistente, segundo o qual, quando da formação de um costume internacional geral, ao Estado que a ele não quiser se submeter (*rectius*: reconhecer a obrigatoriedade do comportamento aceito como direito (artigo 38, 1, b do Estatuto da Corte Internacional de Justiça)) (WEIL, 1992, 189-193), poderá e deverá objetá-lo expressamente para que a ele não se submeta.

No mesmo ano de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *vs.* Brasil²⁹, cujo resultado foi em tudo diferente.

O caso foi apresentado perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 07 de agosto de 1995, mediante petição das ONGs Centro de Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e *HumanRightsWatch/Americas* em favor dos familiares dos mortos e desaparecidos no contexto da Guerrilha do Araguaia, tendo sido objeto de juízo de admissibilidade no ano de 2001, a partir do qual a Comissão encetou medidas preventivas com o governo brasileiro para que ele cumprisse suas obrigações internacionais pertinentes aos fatos, em especial, a identificação do paradeiro dos desaparecidos, indenização às famílias, o exercício da persecução penal contra os autores das mortes e desaparecimentos forçados, abertura dos arquivos oficiais para franquear o acesso às informações etc. Somente em 2008, frustrada em parte o cumprimento das obrigações internacionais, a Comissão Interamericana submeteu-o à Corte, pelo Relatório de Mérito 91/08. Nessa fase ingressaram no processo, na

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 127 pp.

condição de *amicicuriae*, diversos grupos e movimentos sociais em favor da condenação internacional do Estado.

Em seu julgamento de mérito, a Corte Interamericana, de conformidade com a sua jurisprudência, acolheu integralmente o pedido de condenação do Brasil pelos fatos ocorridos durante a Guerrilha do Araguaia. Gostaríamos de destacar somente alguns pontos chaves:

A) Os fatos que se imputaram ao Brasil se subsumiam no tipo desaparecimento forçados de pessoas, modalidade gravíssima de violação múltipla ou pluriofensiva aos Direitos Humanos e que, por isso mesmo, é uma espécie de crime contra a humanidade. Essa forma de violação aos Direitos Humanos se constitui em um ilícito de caráter permanente, e que tem seu início com a privação da liberdade, seguida da recusa de prestar informações sobre o paradeiro da vítima, bem como o seu destino, cuja comissão é imputada a agentes públicos ou particulares que contem com a sua aquiescência. Por ser permanente, enquanto a vítima não for posta em liberdade ou se der conhecimento oficial de seu destino, o ato ilícito permanece em execução, razão pela qual foi afastada a preliminar de irretroatividade arguida pelo Brasil em relação à sua submissão à jurisdição da Corte;

B) A Corte também considerou ser o Estado brasileiro responsável por não assegurar em seu ordenamento jurídico disposições concretas de caráter administrativo e judiciais que tornassem efetivas: a) a identificação do paradeiro das vítimas, b) o acesso à verdade e c) o exercício da persecução penal dos autores dos desaparecimentos forçados, especialmente em razão, de um lado, dos sigilos interpostos pela legislação aos bancos de dados e documentos do período, e de outro em razão da vigência da Lei de Anistia.

C) Especificamente sobre a Lei de Anistia, a Corte considerou-a incompatível com a CADH, seguindo sua própria jurisprudência, segundo a qual é incompatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos qualquer provisão legislativa interna que

impeça ou crie obstáculos ao exercício da persecução penal contra graves violações aos Direitos Humanos, tendo, portanto, em juízo de convencionalidade, declarado a nulidade da lei.

Assim, em resumo, temos duas decisões judiciais, uma convalidando a anistia outorgada em 1979 e ratificada em 1985 pela EC 26/85, e outra julgando-a inválida internacionalmente, determinando, ademais, o exercício efetivo da investigação e persecução penal dos agentes públicos que praticaram durante o regime militar (nos termos da própria decisão, uma obrigação de meio, e não de fim), atos considerados como graves violações aos Direitos Humanos. Com efeito, para a jurisprudência da CIDH é irrelevante aferir se se tratou de anistia ou autoanistia. Basta que a norma nacional crie obstáculos à realização daquela obrigação de meio para que ela seja considerada inválida perante o Direito Internacional.

Vê-se que em razão dessas duas decisões judiciais, uma emanada da mais alta corte nacional e a outra de corte internacional à qual o Estado brasileiro, livre e soberanamente, se submeteu e reconheceu a sua jurisprudência, existe uma antinomia real, no sentido dado por Bobbio, isto é, um conflito não aparente entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico (BOBBIO, 1997, pp. 105-110). É possível resolvê-la?

4.A imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e a vedação de irretroatividade

Se existe, conforme indicado no final do item anterior, uma antinomia real entre duas normas igualmente válidas no ordenamento jurídico – uma emanada da mais alta corte nacional, que convalidou a Lei de Anistia, e outra emanada da corte internacional de Direitos Humanos a que o Estado brasileiro se submeteu, assumindo o compromisso internacional de cumprir as suas decisões, e que, nesse caso específico, se incompatibiliza totalmente com a decisão do STF -, o único critério apontado pela doutrina é a adoção daquilo que Bobbio denomina de “dever de coerência”, segundo o qual,

A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento. É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza [...] e a exigência da justiça. Onde existem duas normas antinômicas, ambas válidas, e portanto ambas aplicáveis, o ordenamento jurídico não consegue garantir nem a certeza, entendida como possibilidade, por parte do cidadão, de prever com exatidão as consequências jurídicas da própria conduta, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertencem à mesma categoria (BOBBIO, 1997, p. 113).

Nesse sentido, parece que no caso em discussão se deve apelar, ante a ausência de um critério de prevalência, à distinção entre *lexfavorabilis* e *lex odiosa*, entendendo-se essa distinção da seguinte forma: “[...] *lexfavorabilis* [é] aquela que concede uma liberdade [...] e por *lex odiosa* aquela que impõe uma obrigação (seguida por uma sanção) [...]”, devendo prevalecer, a partir do critério do dever de coerência, a norma que privilegie o interesse jurídico que é mais justo proteger (BOBBIO, 1997, pp. 98-99).

É nesse contexto, portanto, que se deve discutir a possibilidade de o Brasil derogar a anistia concedida aos agentes do regime civil-militar para os crimes cometidos durante o período do regime civil-militar. Na ótica que privilegia a perseguição, nada obstante terem se passado mais de 38 anos desde a concessão da anistia, é necessário iniciar-se o(s) processo(s) de investigação e perseguição penal, porquanto tais crimes seriam imprescritíveis, sendo, ademais, nula a anistia para fatos considerados como violação sistemática dos Direitos Humanos, bem como por ser indispensável para o acesso à verdade e combater a impunidade³⁰; para a vertente que aqui

30 “[...] a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte, considerando que representava “uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a conseqüente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de Direitos Humanos” CIDH. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil..., p. 4; “A eventual declaração, por esta Corte, do recebimento do §1º do artigo 1º da Lei

identificaremos como “garantista”, esta obrigação internacional é politicamente desnecessária e juridicamente impossível, porquanto se violariam direitos materiais de contensão do poder punitivo do Estado que também se constituem em Direitos Humanos internacionalmente assegurados.

Pois bem. A ninguém é dado descurar que, de fato, após os “desbloqueios das vias” de que falava Bobbio, o Direito Internacional em geral, e o Direito Internacional dos Direitos Humanos em particular, passou por profundas e significativas mudanças em sua capacidade de conformar, mesmo sobredeterminar, a atuação dos Estados em matéria de proteção aos Direitos Humanos. Contudo, não há também como se afastar que em muitos casos a tentativa de se conferir eficácia a pretensos direitos assegurados internacionalmente se faz a partir do excesso. Aquilo, portanto, que é visto como um remédio tende a transforma-se em veneno... Faz-se esta afirmação a partir do étimo da expressão grega fármaco (*pharmakón* (φάρμακον)), que tanto significa remédio, veneno como cosmético (Vocabulo φάρμακον, in PABÓN, 1967, p. 617). Seria o uso moderado ou excessivo de determinada substância que implicaria na sua eficácia curativa ou maléfica, tendo por resultado ou a cura ou a morte do paciente. Talvez o argumento mais forte no sentido do uso “cosmético” é que a pretensão de derrogação da Lei de Anistia funda-se, muito mais, em argumentos morais, dado o constante apelo à debelação da impunidade e do direito das vítimas, como se coubesse, de fato, ao Direito Penal, atender às perspectivas de punibilidade da vítima e/ou de seus familiares, e não, consoante o princípio do *fair trail*, impor ao acusado a pena cabível por seu comportamento. Conforme Silva Sánchez,

Las razones para la lucha contra la impunidad de los delitos contra la humanidad muestran, de entrada, un cierto formalismo. Así, de entrada, los tribunales constitucionales nacionales afirman que los estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales. Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una

6.683 implicaria, segundo o arguente, desrespeito [i] ao dever, do Poder Público, de não ocultar a verdade; [...]” STF, ADPF 153..., p. 2.

fundamentación ulterior: la de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular, no anulación de estas últimas) vulneran los convenios internacionales de derechos humanos. Es en este punto donde aparecen las razones materiales. así, la Corte interamericana de Derechos Humanos alude a un “*derecho de las víctimas a la justicia*”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “*derecho a la verdad*”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”.

[...]

Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse mediante el proceso penal. En realidad, la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad. Por eso, tienen razón quienes afirman que la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada (SILVA SANCHES, 2008, pp. 159-160).

Assim, é importante frisar que uma tese que negue a possibilidade de derrogação da Lei de Anistia não pretende, primeiramente, sustentar, que não se deva dar eficácia ótima aos Direitos Humanos e fundamentais. Referido argumento seria, para dizer o mínimo, inconsistente. Segundamente, e como consequência da primeira ideia, consiste em perceber que uma pretensão política que busque a implementação de um determinado projeto de Direitos Humanos, mesmo que ao atropelo de outros, não pode nem deve ser admitido. Ou os Direitos Humanos valem para todos – universalidade –, e em todas as circunstâncias – inoponibilidade de períodos de exceção para se legitimar a violação a Direitos Humanos (artigos 4º do PIDCP/66 e 27 da CADH) –, ou não se tem um programa de Direitos Humanos, mas de poder. Em síntese: parece ser

inadmissível o violar-se para se proteger, isto é, um Direito Penal excepcional para fazer frente a fatos praticados durante período de excepcionalidade política (SILVA SANCHES, 2008, p. 162), mesmo que revestido por argumentos morais consistentes, quanto mais no âmbito do Direito Penal em que a estrita legalidade se manifesta como o remédio mais adequado contra o abuso do poder.

Posto isto, não existe a menor dúvida que o princípio da irretroatividade da lei penal constitui-se em um direito assegurado constitucional e internacionalmente, cujo significado pode ser subdividido em duas vertentes, formal e material.

A irretroatividade da lei penal sob o aspecto formal implica na exigência da existência prévia de uma lei penal ao comportamento que se pretenda sancionar. Em outros termos, um comportamento, comissivo ou omissivo, que não encontra adequação típica em um tipo penal pré-existente é, por definição, atípico, isto é, penalmente irrelevante, não podendo ser objeto de persecução e sanção penal. Assim descrito, o princípio aparenta voltar-se somente para o passado, no sentido de não permitir a persecução penal de fatos atípicos, o que, de fato, não ocorre, já que ele se projeta, inclusive, para o futuro, na forma da *abolitio criminis*, da retroatividade *in melius* e da ultratividade. Por estas três garantias penais: a) havendo a descriminalização do comportamento (*abolitio criminis*), o sujeito ativo do fato típico, mesmo se com condenação passada em julgado, será favorecido, devendo, nesse sentido, extinguirem-se os processos de persecução ou de execução da sanção penal. Trata-se, *ex vi* do artigo 107, III do CPB, em causa extintiva de punibilidade; b) se não houver descriminalização, mas modificação da lei penal de forma que haja, em relação ao provimento legal anterior, qualquer circunstância que favoreça o acusado, mais uma vez, mesmo que com sentença penal transitada em julgado, a nova lei penal retroage para beneficiá-lo (retroatividade *in melius*); e c) por fim, tendo sido realizado o comportamento típico e sobrevindo modificação mais gravosa da lei penal, aplica-se ao acusado a lei penal do tempo em que o comportamento foi praticado (segundo o princípio *tempus regit actum*), ganhando a lei penal anterior

ultratividade: será aplicada mesmo após a sua revogação pela nova lei penal mais gravosa.

Já sob o aspecto material, o princípio da irretroatividade se projeta não sobre as fontes de produção das normas penais, mas sobre o modo como essas normas são interpretadas pelo poder judiciário. Sinteticamente, “Os tribunais não são fontes de produção da legislação penal nem a jurisprudência é fonte de seu conhecimento” (ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2014, p. 223). Em outros termos, se é fato que não existe, como entende a hermenêutica jurídica contemporânea, identidade entre texto e norma, sendo esta última o produto da interpretação/aplicação daquele ao caso concreto (ÁVILA, 2003, pp. 22-23), cabe aos tribunais aplicar o direito pré-existente, e não criá-lo, quanto mais em Direito Penal, regido que é pelo princípio da estrita legalidade. Assim, tendo se consolidado uma determinada interpretação *favor reu* (v.g., declarando a atipicidade do comportamento, a não ocorrência de uma hipótese de incriminação ou de qualificação, a aplicação de uma hipótese de extinção de crime etc), não será admitido, caso haja uma mudança na jurisprudência, que ela retroaja para alcançar situações já passadas em julgado ou atingidas pela prescrição, pois, nada “[...] obstante, as mudanças de critério jurisprudencial, em particular quando atingem certa generalidade, não podem deixar de compartilhar as razões que fundamentam o princípio da legalidade e a proibição da retroatividade detrimetosa [...]”(ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, 2014, p. 223-224). Em síntese, o princípio da irretroatividade tem por função primordial assegurar ao indivíduo uma verdade cláusula de contensão do poder punitivo do Estado, sendo, pois, uma decorrência do princípio da segurança jurídica.

No que concerne, doutro giro, ao reconhecimento de que graves violações de Direitos Humanos se constituem em crimes contra a humanidade sendo, portanto, imprescritíveis, é preciso debruçar-se sobre dois temas que se intersectam de forma bastante evidente: o primeiro diz respeito ao problema da relação entre Direito Nacional e Direito Internacional; o segundo sobre a possibilidade de um costume (internacional) em matéria penal ter

eficácia direta no ordenamento nacional, apesar do princípio da estrita legalidade em Direito Penal.

Sobre o primeiro tópico, é importante lembrar que a jurisprudência do STF após o julgamento do RE 80.004/SE em 1977, mudou drasticamente a sua posição em relação à eficácia do Direito Internacional em nível interno. Se antes ela aplicava, em linhas gerais, o princípio da primazia do Direito Internacional, a partir do mencionado julgado as normas internacionais adquiriram o nível de norma ordinária, submetendo-se, pois, à autoridade normativa da Constituição e, em relação às normas de mesmo nível hierárquico, aos critérios de solução de antinomias, em especial o cronológico e o da especialidade. Somente após a EC 45/04 e com o julgamento do REExt466.343 é que houve uma significativa alteração na jurisprudência da Corte: os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC 45 adquiriram o nível de norma supralegal – abaixo da Constituição, mas em nível superior à legislação ordinária –, e somente aqueles tratados sobre a matéria ratificados após a emenda, e desde que respeitado o mesmo procedimento de emenda constitucional, adquiririam idêntico nível hierárquico, vale dizer, são materialmente constitucionais (no sentido que estão no mesmo nível hierárquico), mas formalmente submetidos à Constituição, posto não terem a aptidão de ab-rogar preceitos salvaguardados pelas cláusulas de inamovibilidade.

O grande problema, no entanto, é que, conforme já visto, toda a jurisprudência do STF se dirige às relações entre Direito Nacional e Direito Internacional a partir da normas convencionais, havendo, para se usar uma expressão corrente, um silêncio “nada eloquente” acerca das normas internacionais consuetudinárias, quanto mais em matéria de Direitos Humanos. Ademais, embora sejam fatos incontestáveis no plano internacional a vigência da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, precedida da Resolução 2338 (XXII) da AGONU de dezembro de 1967³¹, a partir das quais se formou o costume internacional da

31 Uma referência importante para se dilucidar o problema do surgimento do costume internacional a partir desses instrumentos é que a resolução da CDI, quando da

imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, o Brasil, ao contrário do que afirmado pelo Juiz *ad hoc* brasileiro quando do julgamento do caso *Gomes Lund*, não assinou nem ratificou a Convenção de 1968³², sendo mais do que indubitável que somente no final da década de 90 do século passado (XX) é que ele passou a se engajar, de forma ampla e significativa, nos diversos regimes internacionais de proteção aos Direitos Humanos e Direito Penal Internacional. Isto fica mais evidente ainda quando se percebe, no tópico relativo a um tema correlato, que não antes de 2009 o Brasil passou a se posicionar favoravelmente à consolidação da jurisdição universal para a persecução dos crimes internacionais (FASANO, 2011, pp. 161-165). Em síntese, o Brasil não se submeteu ao costume internacional da imprescritibilidade até a ratificação, em 2002, do ETPI, consistindo, pois, essa sua recusa pretérita no instituto do objeto persistente, segundo o qual,

[...] Il ne faut pas oublier que même pour ses partisans l'objection persistente ne fait pas obstacle au développement du processus coutumier, mais a pour seul et unique effet de rendre ces règles inopposables au persistant objector [...] Le persistant objector n'entrave pas l'évolution du droit. La règle nouvelle régira la majorité, mais la majorité n'imposera pas sa domination à la minorité qui objecte [...] (WEIL, 1992, p. 198).

Isto implica, doutra sorte, que caso se interpretasse no caso em análise a regra da imprescritibilidade, duas normas de

aprovação e submissão dos Princípios de Nuremberg, em 1950, não arrolou a imprescritibilidade como um dos princípios derivados de Nuremberg. Nesse sentido, consultar: UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal**, 21 NOV 1947. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/TMG/NR003884.pdf?OpenElement>, acessado em 20.fev.2012, às 14:30; UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal**, 11 DEC 1946. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.fev.2012, às 14:00.

32Ex vi United Nations Treaty Collections disponível em https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-6&chapter=4&lang=en, acessado em 14.ago.2015, às 12:00.

direitos fundamentais seriam violadas: a) a primeira, como já visto, o princípio da irretroatividade da norma penal em sentido material; b) a segunda, o princípio da estrita legalidade em Direito Penal, segundo a qual o costume – nacional ou internacional – não tem eficácia incriminadora (FERRAJOLI, 2006, pp. 92-95).

5. Conflito entre normas internacionais de Direitos Humanos e a cláusula *pro homine*

Como dito, a ciência do direito é um campo da razão prática. Esta afirmação, que se repete no presente trabalho é o verdadeiro paradigma que nos orienta na compreensão do caso. Se no plano zetético, para ficarmos na famosa *distingo* de Viehweg-Ferraz Júnior, os problemas e as respostas se perpetuam em razão de sua função especulativa (razão pura), no contexto dogmático trata-se de decidir a partir de princípios – postulado da irrenunciabilidade dos pontos de partida –, posto que se objetiva solver uma determinada controvérsia a partir dos princípios fundamentais vigentes no ordenamento jurídico (FERRAZ JÚNIOR, 2001, pp. 39 e ss).

Conforme, pois, exposto nas linhas acima, existe uma antinomia real entre as decisões do STF na ADPF 153 e da CADH no Caso *Gomes Lund*, e no plano dogmático um conflito entre normas de Direitos Humanos, devendo-se, portanto, buscar a solução desse conflito nesse contexto. E de fato esse critério existe: a cláusula *pro homine*, também denominada *pro personae*, prevista no artigo 29, b da CADH.

Este critério de solução de antinomias no plano da interpretação/aplicação dirige todo o contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através do qual: a) quando se tratar de uma interpretação que favoreça a pessoa humana, a interpretação deverá ser a mais extensiva possível, de forma a se dar eficácia ótima a uma determinada disposição de direito humano, e b) quando se tratar da aplicação de uma norma de restrição – *e.g.*, restrições permanentes a determinados direitos ou a suspensão extraordinária em razão do estado de necessidade –, a interpretação deverá ser restritiva, de forma a se preservar o

núcleo essencial de referido direito. Em outros termos, o fundamento de referida cláusula geral de interpretação é a preservação do princípio fundamental que orienta os sistemas internacionais e nacionais de Direitos Humanos: estar sempre a favor da pessoa humana, ou seja, a velha máxima “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*” (REZENDE, 1954, p. 531).

Ao se analisar, portanto, o problema posto entre imprescritibilidade dos crimes praticados durante a ditadura militar por seus agentes – tipificado muito após o seu cometimento como crimes contra a humanidade –, e o direito a irretroatividade da lei penal em sentido formal e material, não parece desarrazoado afirmar a prevalência desse último sobre aquele, mormente em razão de militar junto à irretroatividade o princípio da estrita legalidade em Direito Penal, segundo o qual se constitui em um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro a vedação de qualquer forma de incriminação derivada de costume, seja nacional ou internacional.

No presente trabalho, entretanto, trata-se de sustentar a impossibilidade jurídica de se exercer a persecução penal retroativa sobre fatos já perdoados e prescritos conforme a Constituição e leis infraconstitucionais brasileiras, mormente se se considerar, sobre outros aspectos, que o Estado brasileiro foi um objetor persistente em relação ao costume internacional da imprescritibilidade, e de outro lado, que as leis de anistia, diversamente do que sustentam diversos estudiosos, são, sim, compatíveis com o Direito Internacional, nos termos do artigo 6º, 5 do 2º Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Não Internacionais, isto é, uma norma de Direito Humanitário explicitamente prevista para aplicação em conflito internos, conforme, aliás, expressamente reconhecido por Ambos, um autor que não deixa de manifestar a sua preferência pela imprescritibilidade e inaniestabilidade de crimes internacionais próprios (AMBOS, 2004, p. 76), como se a aplicação de normas jurídicas dependessem não de sua cogência e imperatividade, mas da opção privada do intérprete ou do juiz.

De qualquer sorte, é preciso considerar-se, de outro polo, que o tema da nulidade das leis de anistia toca fundo na própria cultura jurídica ocidental, especialmente ao se considerar a sua origem remota na democracia ateniense quando elas tiveram que fazer frente às guerras civis (*stasis*) que a carcomiam desde as estranhas. Segundo Giorgio Agamben:

Este nexó essencial entre *stasis* e política é confirmado por outra instituição grega, que Loraux não menciona no artigo, mas à qual dedica um capítulo importante (o sexto) em *La cité divisée*: a anistia. Em 403, após a guerra civil em Atenas que se conclui com a derrota da oligarquia dos Trinta, os democratas vitoriosos, guiados por Arquino, se comprometeram solenemente a “não recordar em nenhum caso os eventos passados” (*ton de paralelythotonmedeni pros medenammesikakein*. *Ath. Const.*, XXXIX, 6), isto é, a não punir em juízo os crimes cometidos durante a guerra civil. Comentando esta decisão – que coincide com a invenção da anistia – Aristóteles escreve que, deste modo, os democratas “agiram de modo mais político [*politikotata... chresasthai*] em relação aos desastres passados” (*ibid*, XL, 2). A anistia em relação à guerra civil é, então, o comportamento mais conforme a política. Do ponto de vista do direito, a *stasis* é, assim, definida por dois interditos perfeitamente coerentes entre si: de uma parte, [dela] não participar é politicamente culpável, e de outra, esquecê-la, uma vez terminada, é um dever político.

A fórmula *me mnesikakein* do juramento de anistia é geralmente traduzida como “não recordar” ou então “não ter ressentimento, não ter más recordações” (Loraux traduz: *je ne rappellerais pas les malheurs*: Loraux 2, p. 147). O adjetivo *mnesikakos* significa, assim, “rancoroso, ressentido” e se aplica ao homem que nutre más recordações. Não é correto, portanto, que o mesmo possa valer para o verbo *mnesikakein*. No criptotipo que regula a formação dos compostos verbais deste tipo em grego, o segundo termo é, em geral, ativo. *Mnesikakein* não significa tanto “ter más recordações”, mas algo como “machucar com a memória, fazer um mau uso das recordações”. Trata-se, no caso, de um termo legal que se refere ao fato de perseguir judicialmente a qualquer um pelos crimes cometidos durante a *stasis*. A *amnestia* ateniense não é simplesmente um esquecimento ou um apagar do passado: é um convite a não fazer um mau uso da memória. Enquanto constitui-se em um paradigma político coessencial à cidade, que marca o tornar-se político do impolítico (da *oikos*) e o tornar-se impolítico do político (da

polis), a *stasis* não é algo que possa mais ser esquecido ou removido: ela é o inesquecível que deve restar sempre possível na cidade e que, entretanto, não deve ser recordada através dos processos e dos ressentimentos. Exatamente o oposto, então, daquilo que a guerra civil parece ser para os modernos: algo que se deva a todo custo evitar e que deve ser sempre recordado por meio de processos e perseguições legais (AGAMBEN, 2015, pp. 31-32).

De qualquer sorte, a cláusula *pro homine* milita em favor do princípio da irretroatividade, na medida em que muitos dos fundamentos apresentados para a revisão da Lei de Anistia de 1979 não se sustentam juridicamente como critérios relevantes à mitigação desses direitos, pois, pela argumentação trazida por muitos de seus defensores, como o acesso à verdade, a reparação das vítimas ou seus familiares etc, não prestam qualquer relevância para justificar o exercício da perseguição penal, pois, como já visto, não cabe ao processo penal revelar a verdade histórica, mas permitir ao Estado que, no exercício do *jus puniendi*, imponha, segundo o devido processo legal, a sanção jurídica mais grave no ordenamento jurídico brasileiro, isto é, a pena restritiva de liberdade (DIMOULIS, 2010, pp. 91-127)³³. O mesmo já afirmava Hannah Arendt, quando de sua análise do julgamento de Eichmann, quando rechaçou o argumento repetidamente sustentado pelo Promotor que atuou no caso – Hauser -de que o julgamento se prestaria não só a impor a responsabilidade penal, mas também “revelar a verdade” sobre o genocídio: “O objetivo de um julgamento é fazer justiça, e nada mais; mesmo o mais nobre dos objetivos ulteriores [...] só pode deturpar a finalidade principal da lei: pesar as acusações contra o réu, julgar e determinar o castigo devido” (ARENDDT, 1999 p. 275). Ademais,

33 Sobre o tema, DIMOULIS, Dimitri. Justiça de transição e função anistiantes no Brasil. Hipostasiações indevidas e caminhos de responsabilização, in DIMOULIS, MARTINS, SWENSSON JÚNIOR, Justiça de transição no Brasil..., pp. 91-127; Arendt, por sua vez, demoliu em poucas palavras o argumento da acusação contra Eichmann, de que o julgamento se prestaria não só a impor a responsabilidade penal, mas também “revelar a verdade” do genocídio: “O objetivo de um julgamento é fazer justiça, e nada mais; mesmo o mais nobre dos objetivos ulteriores [...] só pode deturpar a finalidade principal da lei: pesar as acusações contra o réu, julgar e determinar o castigo devido”. ARENDT, Eichmann em Jerusalém..., p. 275.

a reparação da memória e/ou econômica das vítimas e/ou de seus familiares prescinde totalmente do Direito Penal, podendo ser exercida, como de fato já se o fez, por outras medidas, como a Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos, a CNV etc.

É importante insistir nesse tópico: que existam bons argumentos morais em prol de uma causa não significa, necessariamente, que elas devam ser juridicamente acolhidas e devam, apesar do direito, prevalecer. O Min. Cesar Peluso, ao proferir o seu voto na ADPF 153³⁴, sintetizou de forma muito clara o tema:

Acho absolutamente desnecessário, escusado, dizer que nenhum Ministro dessa Corte tem dúvida sobre a profunda aversão, que sentimos, por todos os crimes que foram praticados [...] não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas, ainda, pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Mas este processo não é o lugar de formulação de juízo, a cujo respeito estamos todos de acordo, sobre a reprovabilidade ética dessas práticas. A nossa tarefa é relativamente mais simples, porque está em saber se o disposto no §1º do art. 1º da Lei nº 6.883/79 é, ou não, compatível com a ordem jurídica instaurada pela Constituição de 1988.

No mesmo sentido segue a lição de Silva Sánchez, para quem os mesmos argumentos que se revezam na sustentação da legitimidade da derrogação da Lei de Anistia como forma de se combater a impunidade ou satisfazer o interesse da vítima na justiça penal, poderiam ser utilizados em relação a qualquer forma de crime grave, pois seria

[...] erróneo afirmar que las *doctrinas contra la impunidad* patrocinan sólo un derecho penal de excepción para afrontar una criminalidad excepcional. Su alcance acaba siendo muy superior, comprendiendo también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal. En particular, el terrorismo y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto –y sus implicaciones– no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos. Cuando se rechazan las

34 STF. ADPF 153..., pp. 204-205.

leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “*ad hoc*”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se está por un lado, realizando, afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogos conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave. Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la inindultabilidad y la inamnistabilidad al menos de los delitos violentos graves. Las dificultades que aparecen cuando se trata de defender la prescripción para el asesinato y la imprescriptibilidad del genocidio son reflejo de ello. Sin embargo, ni la prescripción, ni el indulto, ni siquiera la amnistía, conllevan necesariamente una segunda victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas.

[...]

En realidad, esta línea argumental lo único que fundamenta convincentemente es la necesidad de que al delito –a cualquier delito– le siga una reacción penal; esto es, una comunicación penal que tenga lugar “a costa del autor”. Pero no precisamente que ésta haya de consistir en infligir al autor el daño derivado la ejecución de la pena. Por eso, en mi opinión, de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir sin más que “*la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos*”, pues lo mismo valdría para cualquier otro delito grave y, sin embargo, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable. Por los mismos motivos, tampoco puede pretenderse concluir, sin introducir premisas adicionales, que “*ante cierta clase de hechos, el orden social no se puede permitir el perdón*”, pues, efectivamente, habría que concluir lo mismo para otros delitos graves. La necesidad del “dolor penal” no se vincula, pues, a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Sería en este punto –y no en lo anterior– en lo que habría que profundizar (SILVA SÁNCHEZ, 2008, pp. 162-165).

Nesse sentido, e tendo como guia aquilo que foi indicado por Bobbio como “dever de coerência”, não parece desarrazoado afirmar-se a impossibilidade jurídica da derrogação da Lei de Anistia. Que reste evidenciado o ponto nodal do argumento: impossibilidade jurídica, nem política ou moral, pois, como já afirmado, a internalização das obrigações internacionais em matéria penal devem ser filtradas pelos princípios e fundamentos que o Direito Penal que o Estado Democrático de Direito interpõe como cláusulas de contenção de um poder que, não fossem essas normas, seria, em tudo, incontrolável.

6. Conclusões

Compendiamos o que acima se escreveu da seguinte forma:

- A) Apesar de muitas controvérsias doutrinárias, não existe dúvida razoável quanto ao modelo de constitucionalismo no qual se insere a CRFB/88, o de transição, no qual se manifesta um modo de exercício do poder constituinte originário diverso dos tradicionais revolucionário/autoritário;
- B) Como consequência desse modelo de constitucionalização, é na forma, limites e condições desiguais da transição democrática que se deve interpretar as possibilidades concretas de superação do regime anterior;
- C) A arguida invalidade da Lei de Anistia não encontra respaldo no próprio Direito Internacional, mormente por que este, apesar da interpretação dada pela CADH, tem expressa previsão em norma de Direito Internacional Humanitário;
- D) Mesmo que se superasse este obstáculo, é fato que a derrogação da anistia outorgada aos agentes da ditadura militar, quer sobre o argumento da sua nulidade em face do direito interamericano, quer quanto ao dever de o Estado brasileiro

exercer a obrigação de meio consistente na persecução penal dos autores de graves violações dos Direitos Humanos, quer, por fim, em razão de sua imprescritibilidade, se choca frontalmente com garantias fundamentais de contenção do poder punitivo do Estado: os princípios da estrita legalidade em Direito Penal, segundo a qual não se admite a eficácia incriminadora do costume, e o princípio da irretroatividade em sentido formal e material da lei penal, seja para tipificar o comportamento como crime contra a humanidade, seja para excluir a causa extintiva de punibilidade da prescrição;

E) Havendo, pois, conflito entre estas disposições, mitiga, em favor dos dois últimos princípios, a cláusula *pro homine*, posto que mais benéfica à pessoa humana.

7.Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Stasis*, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, in DE OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier, DANNER, Leno Francisco. **Filosofia do Direito e Contemporaneidade**, Porto Alegre: FI, 2015.

AMBOS, Kai, KARAYAN, Monica. **Impunidad y derecho penal internacional**, 2 ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

_____. Impunidade por violação dos Direitos Humanos e o Direito Penal internacional, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São a. 12, v. 49, São Paulo: RT, jul/ago 2004, p. 76.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal, trd. José R. Siqueira, São Paulo: Cia das Letras, 1999.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**: aspectos contemporâneos, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASSIOUNI, M. Cherif. **Crimes against humanity**: historical evolution and contemporary application, Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

BATISTA, Nilo. **Aspectos jurídico-penais da anistia**, Revista de Direito Penal, Rio de Janeiro, n. 26, jul/dez 1979, pp. 33.-37.

_____. **Nota introdutória**, in SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert. **Punição para os crimes da ditadura**: contornos do debate, in DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil**: direito, responsabilização e verdade, São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: para uma teoria geral da política, trd. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**, trd. Maria C. C. L. dos Santos, 10 ed., Brasília: Ed. UNB, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**, T. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1962.

COING, Helmut. **O Sentido do direito**, trd. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Clareira: Revista de Filosofia da Região Amazônica, Vol. 1, n. 2, ago/dez 2014, pp. 240-256.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) versus Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), 127 pp.

FASANO, Renata Rossina. **A Competência Repressiva Universal no Direito Internacional Penal**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 2 ed., trd. Juarez Tavares et all., São Paulo: RT, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antegüidad a nuestros días**, 2 ed., Madri: Trotta, 2011.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de Teoria Constitucional**, trad. Miguel Carbonell *et all.*, Ciudad de Mexico: UNAM, 2001.

GUGGENHEIM, Paul. **Contribution a l'histoire des sources du Droit des Gens**, RCADI, vol. 94, 1958.

HAGAN, John. **Justice in the Balkans: prosecuting war crimes in the Hague Tribunal**, Chicago: Chicago University Press, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, trd. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOERNER, Andrei; FREITAS, Lígia Barros de. **O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo**, Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 141-184, 2013.

KOTZUR, Markus. **A soberania hoje: palavras-chave para um diálogo europeu-latino-americano sobre um atributo do Estado Constitucional moderno**, trad. Marcus Vinícius Xavier de Oliveira, Revista Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, 2012, pp. 1-19.

MACIEL, David. **A aliança Democrática e a Transição Política no Brasil**, in PINHEIRO, Milton (org.). **Ditadura: o que resta da transição**, São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 223-249.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Louis Bonaparte**, trd. Nélio Schneider, São Paulo: Boitempo, 2015.

MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina**, Revista Política e Justiça de Transição, v. 4, jul-dez/2010, pp. 144-145.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia**, trd Peter Neumann, São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____. **Fragmentos (Sobre) o Poder Constituinte do Povo**, trd. Peter Neumann, São Paulo: RT, 2004.

PÁBON, José M. (Org). *Vocabuloφάμασσον*, in**Diccionario Manual Griego**: griego clásico-español, Madri: Vox, 1967, p. 617.

PINHEIRO, Milton (org.). **Ditadura**: o que resta da transição, São Paulo: Boitempo, 2014.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Continuidade autoritária e construção da democracia**: relatório final, São Paulo: NEV/USP, 1999.

PIOVESAN, Flávia, SALLA, Fernando. **Tortura no Brasil**: pesadelo sem fim? *Ciência Hoje*, outubro 2001, pp. 30-34.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 5 ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

REZENDE E SILVA, Arthur Vieira de. **Phrases e curiosidades latinas**, 4 ed., Rio de Janeiro: José Bushatsky, 1954, p. 531.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**, trd. Menelick de Carvalho Netto, Belo Horizonte: Melhoramentos, 2003.

_____. **A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito**, Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan/jun 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”**, Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 29, ns. 86-87, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 19 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e Autonomia do Direito**, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Vol. I, n. I, 2009, pp. 65-77.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSON JÚNIOR, Lauro Joppert (Org.). **Justiça de transição no Brasil: direito, responsabilização e verdade**, São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, 2 ed., São Paulo: Saraiva: 2002.

TEIXEIRA, H. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Forense Universitária, 1991.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. **Formulation of the principles recognized in the Charter Of the Nürnberg Tribunal and the judgment of the Tribunal, 21 NOV 1947**. Disponível em <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/038/84/IMG/NR003884.pdf?OpenElement>, acessado em 20.fev.2012, às 14:30.

_____. **Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 11 DEC 1946**. Disponível em <http://www.un-documents.net/a1r95.htm>, acessado em 20.fev.2012, às 14:00.

WEIL, Prosper. **Le droit international en quête de son identité**, Cours général de droit international public, RCAD vol. 237, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro I**, 4 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**, 2 ed., RT: São Paulo, 2002.

ZWEIGERT, Korand, KÖTZ, Hein. **Introduzione al diritto comparato**. Vol. I: principifondamentali, trad. Barbara Pozzo, Milano: Giuffrè Editore, 1998.