

A DIMENSÃO JURÍDICA DA LEI DE ANISTIA

THE LEGAL DIMENSION OF THE AMNESTY LAW

Reis Friede¹

Desembargador Federal

RESUMO: Não obstante o princípio basilar da segurança jurídica como elemento fundamental da axiologia jurídica, inerente ao Direito como instrumento político viabilizador da coexistência humana, começaram a surgir, no cenário político brasileiro da atualidade, algumas vozes dissonantes em relação à validade, até então incontestável, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia. Com efeito, o artigo propõe-se a analisar e discutir a Lei de Anistia, notadamente a sua dimensão jurídica (e as consequências ínsitas).

PALAVRAS-CHAVE: Anistia; regime militar; crime contra a humanidade; imprescritibilidade.

ABSTRACT: *Notwithstanding being the Principle of Legal Certainty a fundamental element of the legal axiology, inherent to*

Law as a political instrument which permits the human coexistence, some dissonant voices started to raise in nowadays Brazilian political scenery against the validity, until now uncontested, of the Law nº 6.683, from August 28th 1979 – the Amnesty Law. Indeed, this article's goal is to analyze and discuss the Amnesty Law, most notably its legal dimension (and its inherent consequences).

KEYWORDS: *Amnesty; military regimes; crimes against humanity; imprescriptibility.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979; 2 Da retomada do debate sobre a Lei de Anistia; 3 Da anistia de modo geral e da anistia no direito penal; 4 Da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Julia Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus

¹ Ex-Membro do Ministério Público. Professor adjunto da Escola de Direito da UFRJ, Professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Ex-Professor adjunto da UNIRIO. Possuindo, entre outros títulos, o de Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF), e Mestre e Doutor em Direito Público (UFRJ).

Brasil; 5 Da ausência de definição de crime contra a humanidade no direito interno; 6 Da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no direito internacional; 7 Do costume jurídico como fonte do direito e em contraposição ao princípio da legalidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The discussion regarding the constitutionality of Law n° 6.683/1979; 2 The resumption of the debate concerning the Amnesty Law; 3 Amnesty in general and amnesty in criminal law; 4 The Julia Gomes Lund case and others' judgment at the Inter-American Court of Human Rights ("Guerrilha do Araguaia") versus Brazil; 5 Crime against humanity's lack of definition in the brazilian legal system; 6 The imprescriptibility of the crimes against humanity in international law; 7 Legal customs as a source of law and versus the principle of legality; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Inicia-se a presente exposição de ideias afirmando que o passado não se apaga e não se esquece. Tal afirmação objetiva esclarecer o trajeto a ser percorrido na digressão que se fará sobre tão delicado tema, o qual, durante mais de três décadas, permaneceu no limbo dos debates, ostentando, no momento atual, quase que uma visão unilateral, prejudicando a verdadeira compreensão histórico-jurídica do fenômeno e inviabilizando, em última análise, a definitiva superação da alteração que, volta e meia, retorna à mídia nacional, ressuscitando as mais profundas paixões.

Não obstante o princípio basilar da segurança jurídica como elemento fundamental da axiologia jurídica, começaram a surgir, no cenário político brasileiro da atualidade, algumas vozes dissonantes em relação à validade, até então incontestável, da Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia. Assim, o artigo propõe-se a analisar e discutir a Lei de Anistia, notadamente a sua dimensão jurídica (e as consequências ínsitas).

1 DA DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 6.683/1979

A discussão jurídica a respeito da constitucionalidade da Lei de Anistia², notadamente da previsão contida no seu art. 1º, § 1º, não é nova. O assunto

² Dispõe a Lei n° 6.683/1979:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos

volta e meia é retomado, mesmo diante da existência de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Em 28 e 29 de abril de 2010, o Plenário do STF debateu sobre o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB na ADPF 153/DF, a qual, em síntese, objetivava que a Corte Suprema declarasse o não recebimento, pela Constituição de 1988, da regra contida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979. Pretendia a OAB que a aludida norma fosse interpretada de modo a não abarcar os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, concluindo, assim, não terem eles sido anistiados. O STF, na ocasião, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, entendeu pela improcedência (sete votos a dois) da ADPF. Tendo em vista o farto arcabouço hermenêutico produzido a partir dos debates, pode-se extrair uma série de manifestações à Lei de Anistia, resumidas a seguir.

1.1 DO VOTO DO MINISTRO EROS GRAU, RELATOR

- a) Consignou a importância de se considerar a realidade histórica quando da interpretação do texto jurídico.
- b) Afirmou que a Lei de Anistia não implicou em ofensa ao princípio da isonomia.
- c) Assentou que o arguente incidiu em um raciocínio contraditório, sobretudo ao exigir que a Lei de Anistia, para produzir efeitos, deveria ser legitimada, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, pelo Poder Legislativo formado a partir de eleições livres, uma vez que, segundo tal *ratio*, toda a legislação anterior à Carta de 1988 seria, por força dela mesma, inconstitucional.
- d) Registrou que a petição inicial “ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia” (STF, 2010).
- e) Explicou que várias leis de anistia editadas no país fizeram alusão à expressão “crimes conexos a crimes políticos”, o que revela a existência

Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

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

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

§ 3º Terá direito à reversão ao serviço público a esposa do militar demitido por ato institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.”

de uma “conexão *sui generis*, própria ao momento da transição para a democracia” (STF, 2010).

- f) Alertou que a Lei de Anistia ostenta caráter bilateral e “somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (STF, 2010).
- g) Relacionou uma série de julgados históricos proferidos pelo STF, nos quais restou consignado o caráter amplo das anistias concedidas no Brasil.
- h) Pontuou julgados históricos do STF, os quais, enfatizando o caráter benéfico da anistia, atribuíram à palavra *condenados*, prevista no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.683/1979, o significado de *condenado por sentença penal transitada em julgado*.
- i) Elencou uma série de atos de anistia editados entre 1891 a 1985, relativos a diversos acontecimentos ocorridos ao longo da história brasileira, lembrando que tais episódios (e a respectiva lei anistiadora) devem ser interpretados tomando-se a realidade político-social daqueles tempos.
- j) Asseverou que a Lei de Anistia abarca uma decisão política do momento da transição conciliada de 1979, sendo, portanto, “uma lei-medida” (STF, 2010).
- k) Frisou que a Lei de Anistia, por revelar natureza essencialmente política, não pode sofrer revisão por parte do Judiciário.
- l) Registrou que a edição da EC 26/1985³ reafirmou a anistia concedida em 1979, uma vez que a mesma também convocou a assembleia

³ Preceitua o art. 4º da EC 26/1985:

“Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

nacional constituinte, cuja missão foi dotar o País de uma nova ordem constitucional.

1.2 DO VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

- a) Registrou a impertinência da alegação, segundo a qual a Lei nº 6.683/1979 teria sido formulada por um Congresso Nacional ilegítimo, uma vez que, se tal assertiva fosse verdadeira, teríamos que questionar a própria legitimidade da Constituição de 1988.
- b) Recordou que a sociedade brasileira participou da elaboração da Lei de Anistia, destacando a participação da OAB, da CNBB e de personagens da intelectualidade brasileira.
- c) Questionou se seria possível modificar a exegese conferida a um dispositivo legal, “mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação”, tendo a ministra respondido que sim, ressaltando que, por se tratar de matéria penal, eventual mudança jamais poderia retroagir, salvo para beneficiar o réu.
- d) Asseverou que a aceitação da tese formulada na ADPF 153 significaria uma espécie de *revisão criminal às avessas*.
- e) Alertou que a

não se considerar a que se destinou a Lei nº 6.683/1979, quando de sua edição, e desconectando-se a norma do seu § 1º do art. 1º do momento e das contingências históricas [...], sem dúvida seria de se considerar que, incorrendo conexão entre os crimes de tortura e os crimes políticos, não haveria como se considerar anistiados todos eles. (STF, 2010)

§ 5º O disposto no *caput* deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do *caput* deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.”

A Ministra Cármen Lúcia julgou improcedente a ADPF 153.

1.3 DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

a) Registrou que a

atecnia, proposital ou involuntária [...] do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade [...] considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo. (STF, 2010)

b) Aduziu que,

embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido. (STF, 2010)

c) Afirmou que, ainda que o País estivesse em uma “situação de beligerância interna ou [...] enfrentando uma [...] ‘guerra subversiva’, [...] os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado” (STF, 2010).

d) Explicou que o STF estabelece uma diferença entre *crimes políticos típicos* e *crimes políticos relativos*.

e) Mencionou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que o Brasil deve “investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos” (STF, 2010).

O ministro Lewandowski julgou procedente (em parte) a ADPF

para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de

admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). (STF, 2010)

1.4 DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO

- a) Destacou a distinção feita pelo Ministro Lewandowski a respeito de *crimes políticos típicos* e *crimes políticos relativos*.
- b) Afirmou que a Lei de Anistia até podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar torturadores, desde que o fizesse expressamente, uma vez que a concessão ampla, geral e irrestrita de tal instituto precisa “ser algo deliberado e muito claro, notadamente quando formalizada após um regime político de exceção” (STF, 2010).

O Ministro Ayres Britto julgou procedente (em parte) a ADPF 153 para extrair da interpretação a ser conferida ao § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979 os delitos (a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos) previstos no art. 5º, XLIII, da CF.

1.5 DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

- a) Mencionou que a anistia é um ato revestido de caráter eminentemente político, e a sua amplitude deve ser igualmente definida de forma política.
- b) Aduziu que a anistia de 1979 “representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988” (STF, 2010).
- c) Enfatizou “que é necessário atentar-se para a natureza pactual da Carta de 1988, e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da assembleia nacional constituinte” (STF, 2010).
- d) Recordou que a “superação do estado de beligerância acompanha a história das sociedades ocidentais e está presente, na qualidade de objetivo, de todas as ordens constitucionais pactuadas”, e que a “ideia de anistia, como parte integrante deste pacto político constitucionalizado, não pode ser tomada de forma restritiva” (STF, 2010).
- e) Asseverou que “a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis”, registrando, inclusive, que “muitos dos que recorreram a estes delitos

não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários” (STF, 2010).

- f) Esclareceu que o “fortalecimento da democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos”, e que “um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada” (STF, 2010).
- g) Frisou que a anistia prevista na Lei nº 6.683/1979 “é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente” (STF, 2010).
- h) Assentou que a anistia, uma vez concedida, não pode ser revogada.
- i) Pontuou que o STF considera que as normas que versam sobre prescrição são de direito material, motivo pelo qual, em havendo alteração normativa que venha a tornar um fato delituoso como imprescritível, a nova regra não poderá retroagir.
- j) Anotou que “a EC 26/1985 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais” (STF, 2010).

O Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ADPF 153.

1.6 DO VOTO DA MINISTRA ELLEN GRACIE

- a) Asseverou que a alegação de que a Lei nº 6.683/1979 não foi recepcionada pela CF de 1988 conduziria ao paradoxo de retirar o mesmo benefício de todos quantos foram por ele alcançados.
- b) Registrou que a tese da desqualificação do Congresso Nacional que aprovou a lei de 1979 não resiste à constatação de que tal diploma legal foi reiterado pela EC 26/1985.
- c) Mencionou que o termo *anistia* significa, em sua acepção grega, esquecimento, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas, denotando, portanto, “superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade”, por isso bilateral (STF, 2010).
- d) Afirmou que nem “mesmo aqueles que desse pacto [anistia] não participaram – porque não pretendiam a finalidade de democratização

do País – podem negar sua existência. Seria recusar validade à história suficientemente documentada” (STF, 2010).

A Ministra Ellen Gracie votou pela improcedência da ADPF 153.

1.7 DO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

- a) Afirmou que a atribuição do Congresso Nacional, em matéria de anistia, é política e não se submete, sob o prisma da oportunidade e da conveniência, a qualquer outro poder.
- b) Ressaltou que a Lei de Anistia aproxima-se de uma lei que abole o crime, já tendo exaurido os seus efeitos.
- c) Destacou que a anistia é “virada de página definitiva, perdão em sentido maior, desapego a paixões” (STF, 2010).
- d) Registrou que a Lei de Anistia deve ser interpretada diante de seu contexto histórico.

O Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ADPF 153.

1.8 DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

- a) Assentou que a anistia configura uma das expressões da clemência soberana do Estado, sendo que os seus efeitos, em matéria penal, incidem retroativamente.
- b) Registrou que as leis de anistia, geralmente, são destinadas a crimes políticos, nada obstando que alcancem crimes comuns.
- c) Recordou que distinguida doutrina penal admite a possibilidade de se conceder anistia aos delitos comuns, bem assim aos de natureza política, exceto aos vedados pelo art. 5º, XLIII, da CF. Assim, entendeu que o Congresso Nacional, em 1979, possuía atribuição para estender o benefício da anistia às infrações penais comuns, o que reveste de plena legitimidade a opção jurídico-legislativa levada a efeito pelo Parlamento da época.
- d) Frisou que o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, ao considerar conexos, para efeito de concessão de anistia, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política, realizou indiscutível interpretação autêntica da expressão *crime conexo*, abrangendo, assim, os de qualquer espécie.

- e) Reconheceu que a anistia de 1979 foi concedida com propósito bilateral, com

a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, [...] a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos atos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento histórico da vida nacional. (STF, 2010)

- f) Explicou que a Lei nº 6.683/1979, por ostentar caráter bilateral, não pode ser taxada de *autoanistia*.
- g) Referiu que a Lei de Anistia foi editada antes da adoção, por parte das Nações Unidas, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e da promulgação, pelo Brasil, da Lei nº 9.455/1997, que define o crime de tortura, o que impede a supressão da lei de 1979 por legislação superveniente, sob pena de se violar a regra que veda a retroatividade da lei penal mais severa.
- h) Detectou que a pretensão punitiva, caso aceita a postulação deduzida na ADPF 153, já estaria fulminada pela prescrição, esta avaliada pelo prazo mais longo (20 anos), conforme previsto no Código Penal.
- i) Rejeitou o argumento relativo à imprescritibilidade dos delitos outrora cometidos, ressaltando que a invocada Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade foi adotada, no cenário internacional, em 1968, jamais tendo sido subscrita pelo Brasil, tornando-se uma verdadeira *res inter alios acta* em face do Estado brasileiro, motivo pela qual a ventilada cláusula de imprescritibilidade não se aplica, não obriga nem vincula o Brasil.
- j) Advertiu que o modelo constitucional pátrio inadmite o emprego de texto internacional, do qual o País sequer é signatário, como fonte do Direito Penal, mormente diante do postulado da legalidade.

O Ministro Celso de Mello votou pela improcedência da ADPF 153.

1.9 DO VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO

- a) Pontuou que o termo *conexo*, conforme mencionado na Lei nº 6.683/1979, não possui o sentido técnico-jurídico, mas *metajurídico*, razão pela qual não pode ser interpretado à luz de definições obtidas puramente junto à teoria do processo penal.
- b) Registrou que a adoção de uma definição puramente processual do termo *conexo* conduziria a uma anistia *cambaia*, ou seja, somente um dos lados do conflito político seria beneficiado (STF, 2010).
- c) Advertiu ser “inútil argumentar [como faz a arguente] que os agentes da repressão não teriam cometido crimes políticos, pela razão breve de que a anistia também alcança os chamados ‘crimes comuns’” (STF, 2010).
- d) Consignou que a norma atacada por meio da ADPF em nenhum momento ofende o princípio da igualdade, bastando, para tanto, analisar o vínculo, que está previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, entre os elementos de motivação objetiva dos crimes.
- e) Afastou a alegação de ter havido *autoanistia*, uma vez que proveio de um acordo.
- f) Explicou que, admitindo-se uma das teses da arguente, toda a Lei de Anistia estaria revogada, pois o texto advém da mesma fonte de produção, ou seja, o Congresso Nacional, na sua composição de 1979, padecendo, portanto, do mesmo vício de legitimidade.
- g) Ressaltou, a título de argumentação, que ainda que a arguente tivesse sucesso nas teses levantadas, ainda assim a procedência da ADPF 153 não levaria a nenhuma utilidade prática, tendo em vista o fenômeno da prescrição.
- h) Enfatizou que, ainda que a Lei de Anistia fosse revogada por outro diploma legal, o sistema constitucional não permitiria a revogação dos efeitos já produzidos pela Lei nº 6.683/1979, uma vez que a lei posterior seria considerada *lex gravior*, impossibilitada, portanto, de retroagir.

O Ministro Peluso votou pela improcedência da ADPF 153.

2 DA RETOMADA DO DEBATE SOBRE A LEI DE ANISTIA

Nada obstante o que restou firmado na ADPF 153, o debate sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia é incrivelmente retomado – ao arrepio

do próprio *efeito vinculante* expressamente previsto na hipótese e, igualmente, em incontestes afronta aos ditames do Estado de Direito, que preconiza a indiscutibilidade das decisões terminativas proferidas pela Suprema Corte –, sendo certo afirmar que todas as teses apresentadas no momento atual já foram amplamente discutidas, conforme será demonstrado.

2.1 DA SÍNTESE DO CASO RIOCENTRO

Como exemplo dessa iniciativa de se retomar o debate em torno da Lei de Anistia, cumpre mencionar o Processo nº 0017766-09.2014.4.02.5101, que tramitava na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, relativo ao Caso Riocentro (1981). A partir de denúncia formulada pelo MPF, o juízo federal, analisando questão inerente à prescrição, asseverou a sua não ocorrência, fundando-se em duas premissas. Na primeira, acolheu a tese esboçada pelo MPF, e já rejeitada pelo STF quando da ADPF, afirmando que “o atentado [...] descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava” (Justiça Federal do Rio de Janeiro, 2014). Uma vez fincada a primeira premissa, afirmou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade seria um princípio geral de Direito Internacional aceito pelos Estados e devidamente incorporado aos costumes internacionais. Em síntese, a decisão que recebeu a denúncia enquadrou os fatos ocorridos em 1981 como crimes contra a humanidade, tendo em vista que as condutas perpetradas fariam parte, em tese, de um ataque sistemático de agentes do Estado brasileiro contra a população civil. E concluiu, por fim, que os fatos narrados, enquanto crimes contra a humanidade, seriam imprescritíveis.

No caso em foco, a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, no dia 02.07.2014, decidindo a respeito do *Habeas Corpus* nº 2014.02.01.0056847, impetrado em favor de alguns dos militares denunciados, determinou o trancamento da ação penal referente ao Riocentro. Quando do julgamento do *habeas*, as duas questões centrais *supra* foram debatidas pelos integrantes da 1ª Turma Especializada.

O Desembargador Federal Ivan Athié, Relator, consignou que a decisão de recebimento da denúncia não poderia ter se baseado em normas de Direito Internacional, a fim de sustentar a existência de crimes contra a humanidade e, por conseguinte, a imprescritibilidade dos fatos praticados.

O Desembargador Federal Abel Gomes, divergindo do Relator, manifestou-se pela impossibilidade de se aplicar, ao episódio em tela, a Lei de Anistia, tendo em vista que a Lei nº 6.683/1979 faz expressa referência ao período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, sendo que o Caso Riocentro, como sabido, data de 30.04.1981. Em seguida, passou a focar a questão inerente à existência de prescrição. Para tanto, analisou a possibilidade de se valer de princípios gerais de Direito Internacional e/ou de costumes jurídicos da mesma seara em sede de norma penal incriminadora. Nesse aspecto, registrou o magistrado não ser possível “lançar mão com tanta facilidade de costumes e princípios” (TRF da 2ª Região, 2014). Ato contínuo, discordou da natureza de crimes contra a humanidade atribuída pelo MPF aos delitos em tese cometidos no Caso Riocentro, afirmando que “a narrativa dos fatos e os elementos que os revestem [...] afastam o delineamento necessário que transforma tais fatos em crimes contra a humanidade” (TRF da 2ª Região, 2014). Concluindo sobre a definição de crime contra a humanidade, pontuou que o fato em questão não pode ser incluído na definição de crimes contra a humanidade, “porque não faziam parte de uma ação dos agentes legitimamente operando em nome de uma política de Estado do momento” (TRF da 2ª Região, 2014). Prosseguindo, o Desembargador Federal Abel Gomes anotou que os fatos narrados pelo MPF denotam a existência de uma organização criminosa, recordando-se, então, do disposto no art. 5º, XLIV, da CF, segundo o qual, “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. No entanto, conforme destacou, o referido dispositivo constitucional passou a vigorar a partir de 05.10.1988, sendo que os fatos em tela são de 30.04.1981. Logo, a regra do art. 5º, XLIV, da CF, dotada de maior severidade, não poderia retroagir por força do art. 5º, XL, da mesma Lei Maior. Assim, entendeu que todos os delitos imputados pelo MPF foram afetados pela prescrição.

Por sua vez, o Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, divergindo dos votos proferidos pelo Relator e pelo Desembargador Federal Abel Gomes, votou, em síntese, no sentido de afastar a incidência da anistia e da prescrição ao Caso Riocentro.

Como resultado do julgamento, a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por maioria, concedeu a ordem, reconhecendo a inexistência de crime contra a humanidade e a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

2.2 DA SÍNTESE DO CASO RUBENS PAIVA

Da mesma forma, cabe mencionar o Processo nº 0104222-36.2014.4.02.0000, que tramitava na 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, deflagrado a partir de denúncia oferecida pelo MPF em desfavor de militares pela prática, em tese, das condutas tipificadas no art. 121, § 2º, I, III e IV, art. 211, art. 288, parágrafo único, e art. 347, parágrafo único, c/c o art. 29, *caput*, do CP. Em resumo, assevera o *Parquet* que, entre os dias 21 e 22 de janeiro de 1971, nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do I Exército, no Rio de Janeiro, alguns dos denunciados, em concurso com militares já falecidos e com agentes não identificados, teriam cometido o homicídio de Rubens Beyrodt Paiva. A peça ministerial narra que as condutas imputadas teriam sido cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil. Por fim, afirma que os acusados, ao menos entre 1970 e 1974, teriam se associado, de forma estável e permanente, em quadrilha armada, com a finalidade de praticar crimes de lesa-humanidade, tipificados, na ótica do *Parquet*, como sequestro, homicídio e ocultação de cadáver, segundo previsões contidas no Direito brasileiro.

O magistrado federal da 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a partir de decisão datada de 26.05.2014:

- a) Firmou a competência da Justiça Federal para o caso, nos termos do art. 109 da CF.
- b) Entendeu que a Lei nº 6.683/1979, a EC 26/1985 e o art. 8º do ADCT não ensejaram a extinção da punibilidade dos fatos narrados na denúncia.
- c) Afirmou que a Lei nº 6.683/1979 não versa sobre condutas previstas no Código Penal, sendo que o motivo político que a norteou refere-se apenas aos denominados atos institucionais e complementares.
- d) Pontuou que o instituto da anistia, enquanto causa de extinção da punibilidade, deve ser interpretado restritivamente.
- e) Registrou que os fatos imputados na denúncia, uma vez que foram cometidos como forma de perseguição política, configuram crimes contra a humanidade, sendo, portanto, imprescritíveis.
- f) Acrescentou que o Brasil, por meio do Decreto nº 10.719, de 1914, ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, de 1907, através da qual o País reconheceu o caráter normativo dos princípios preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública.

- g) Ressaltou que, embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, incide, na hipótese, o costume internacional, o que afasta a anistia.
- h) Recordou que o art. 38, nº 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça expressamente contempla o costume internacional como fonte do Direito Internacional.
- i) Assentou que a ONU, por meio da Resolução nº 95, de 1946, acolheu os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, o qual havia procedido à definição de crimes contra a humanidade, bem como reconhecido a sua imprescritibilidade.
- j) Mencionou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi expressamente tratada na Resolução nº 3.074, de 1973, da ONU.
- k) Aduziu que o Decreto nº 98.386/1989 promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Com base na dita Convenção, o magistrado consignou que a impossibilidade de haver anistia em relação à tortura deveria ser estendida ao homicídio qualificado pelo emprego da tortura (art. 121, § 2º, III, 5ª figura, do CP).

Ainda em relação ao Caso Rubens Paiva, em 10.09.2014, em sede de *habeas corpus* impetrado pelos réus junto ao TRF da 2ª Região, a 2ª Turma Especializada, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Messod Azulay.

Contra a referida decisão do juízo da 4ª Vara Federal Criminal valeram-se os réus da denominada reclamação constitucional (nº 18.686/RJ), com pedido de liminar, sustentando que as imputações referem-se a delitos abrangidos pela Lei de Anistia, cuja constitucionalidade foi devidamente assentada pelo STF, razão pela qual o prosseguimento da ação penal configuraria evidente desrespeito à autoridade da Suprema Corte. A partir de liminar deferida no bojo da reclamação, o Ministro Teori Zavascki, Relator, determinou a suspensão da ação penal movida contra os militares acusados de envolvimento no desaparecimento e na morte de Rubens Paiva, tendo anotado que a decisão de recebimento da denúncia afigura-se absolutamente incompatível com aquela proferida na ADPF 153. Registrou, também, que a decisão tomada na ADPF ostenta eficácia *erga omnes*, bem como efeito vinculante para todas as instâncias do Poder Judiciário, viabilizando, por conseguinte, o aviamento da reclamação.

3 DA ANISTIA DE MODO GERAL E DA ANISTIA NO DIREITO PENAL

Conceitualmente, conforme leciona René Ariel Dotti, anistia, palavra que deriva do grego *amnistia*, é o ato pelo qual o Estado renuncia ao poder-dever de punir o autor de um delito, o que se dá a partir de razões de necessidade ou conveniência política, sendo a sua concessão atribuição exclusiva do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF). Trata-se de causa extintiva da punibilidade (art. 107, II, 1ª figura, do CP), sendo destinada a “fazer desaparecer o caráter reprovável do fato e a *perdoar* os seus autores” (Dotti, 2005, p. 674).

Paulo César Busato recorda que a anistia dirige-se a tipos determinados, operando, assim, um duplo efeito, tanto para os casos passados que foram apurados, quanto para os que não o foram, objetivando alcançar a “pacificação e a cessação de hostilidades entre grupos de pessoas, como aconteceu com a superação do golpe militar de 1964 no Brasil” (Busato, 2013, p. 610).

Nesse diapasão analítico, questão interessante, e que também está sendo ventilada na quadra atual, refere-se à possibilidade de haver revogação da Lei de Anistia e, por conseguinte, tornar viável a *persecutio criminis*. No caso, ainda que haja revogação da Lei nº 6.683/1979, a regra revogadora ostentará conteúdo gravoso, não podendo retroagir (art. 5º, XL, da CF). No mesmo sentido a posição de André Estefam (2012, p. 497). Da mesma forma, segundo a lição de Fernando Capez (2012, p. 599), a anistia, uma vez concedida, não pode ser revogada, posto que a lei revogadora seria prejudicial aos anistiados. Igualmente, a Advocacia-Geral da União, quando de sua manifestação no bojo da ADPF 153, aduziu que o desfazimento da situação consumada por força do exaurimento dos efeitos da Lei de Anistia “colidiria com o princípio da irretroatividade da lei penal” (STF, 2010).

4 DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO JULIA GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VERSUS BRASIL

Mesmo diante do aludido *decisum* do STF no âmbito da ADPF 153, advoga-se, novamente, a viabilização da punição de crimes cometidos durante os governos militares, invocando-se, em especial, as noções consubstanciadas na ideia de inconvenção da Lei de Anistia (por uma suposta incompatibilidade com determinadas convenções internacionais), bem como no conceito de crime de lesa-humanidade, mormente a partir da decisão proferida,

em 24.11.2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Julia Gomes Lund e outros, cuja conclusão estabelece, em resumo, o seguinte:

30. [...] a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade [...].

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil [...]. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Várias são as objeções que impedem a adoção, por parte do Estado brasileiro, da conclusão emanada da Corte Interamericana. Em primeiro lugar, cumpre registrar que a própria Corte Interamericana reconheceu que o Brasil ainda não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade:

27. [...] 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido [...]. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Conforme registrado no transcrito item 27 da sentença, o Brasil não ratificou a aludida Convenção. Por conseguinte, somente por meio de um

esforço hermenêutico voltado para a repressão penal é que se torna possível compreender a razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, invocando a existência de um suposto costume jurídico internacional, superou, diante do caso concreto, a falta de ratificação, por parte do Estado brasileiro, da citada norma internacional. Ocorre que o Brasil não assumiu tal compromisso, não se enquadrando, assim, na regra prevista no artigo IV da dita convenção, segundo a qual os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus processos constitucionais, as medidas legislativas necessárias para assegurar que o instituto da prescrição não seja aplicado aos crimes referidos nos artigos I (crimes de guerra) e II (crimes de lesa-humanidade). Nota-se, claramente, que o artigo IV é direcionado aos países signatários da Convenção, sendo mesmo ilógico que a Corte Interamericana pretenda considerar inválida a Lei de Anistia, atacando de morte a soberania nacional, tudo com o propósito de tornar imprescritíveis os delitos supostamente enquadrados na definição de crime contra a humanidade.

Importante frisar, ainda, que o que restou estabelecido na mencionada sentença versa sobre a responsabilidade (no plano internacional) do Estado brasileiro quanto ao fato noticiado, o que se dá a partir de premissas fincadas no Direito Internacional. Mesmo tendo a Corte Interamericana decidido que os fatos que lhe foram submetidos configuram crimes contra a humanidade, resta evidente que a intervenção do Direito Penal pátrio obedecerá ao que dispõe a legislação interna, com princípios que lhe são próprios, todos de índole constitucional.

5 DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO INTERNO

Cabe registrar, de início, que não existe, no Direito Interno, qualquer definição apta a nortear o que vem a ser crime contra a humanidade, o que se comprova a partir de uma exegese histórica. Aliás, reportando-se ao método histórico, Maria Helena Diniz ressalta que este se refere ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, a sua justificativa ou a exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, “ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem, às causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, às condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (*occasio legis*)” (Diniz, 2001, p. 426). Tal concepção também é percebida por Sílvio Venosa, segundo o qual “sob o prisma histórico, o exegeta deve, pois, analisar os trabalhos preparatórios da lei, os anteprojetos e

projetos, as emendas, as discussões parlamentares, a fim de ter um quadro claro das condições nas quais a lei foi editada” (Venosa, 2006, p. 176-177).

Tendo em vista que o Estatuto de Roma (art. 7º) faz referência à expressão *crime contra a humanidade*, o Poder Executivo Federal, por meio da Mensagem nº 700/2008, e objetivando dar cumprimento ao compromisso assumido pelo Estado brasileiro junto à comunidade internacional, encaminhou ao Parlamento Federal projeto de lei cuja ementa dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. A Mensagem nº 700 é acompanhada da justificação contida na Exposição de Motivos Interministerial nº 18/2007, ora sintetizada:

O Brasil assinou [...] o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição [...] com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.

2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional [...], o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno.

3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, *os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.* (Brasil, 2008, grifo nosso)

Em pesquisa junto ao sítio da Câmara dos Deputados, nota-se que a referida mensagem deu origem ao Projeto de Lei (PL) nº 4.038/2008, cujo art. 17 assim define o que se entende por crime contra a humanidade: “São crimes contra a humanidade os praticados no contexto de ataque, generalizado ou sistemático, dirigido contra população civil, tipificados neste Título” (Câmara dos Deputados, 2008). Com efeito, a partir da leitura do citado PL, algumas inferências podem ser extraídas: a) não há, no Direito Interno, qualquer definição apta a forjar o conceito de crime contra a humanidade; b) inexistente, no Direito Interno, regra que possibilite afirmar que tais crimes sejam imprescritíveis; c) o Poder Executivo Federal, ao enviar a Mensagem nº 700, sinalizou a necessidade

de se regulamentar, no plano doméstico, as previsões contidas no Estatuto de Roma; d) o Poder Legislativo, livre de qualquer pressão, também reconheceu que a carência de tais normas internas inviabilizam a aplicação do Estatuto de Roma. Ora, se o Executivo e o Legislativo reconhecem fundamental regulamentar o Estatuto de Roma no plano interno, conceituando o que se entende por crime contra a humanidade, é evidente que o costume internacional não possui, na seara doméstica, força normativa capaz de afastar a consequência jurídica ínsita à Lei de Anistia, vale dizer, a extinção da punibilidade.

6 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

O artigo I da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, de 1968, considera imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945, e confirmados pelas Resoluções nº 3, de 1946, e nº 95, de 1946, da Assembleia Geral das Nações Unidas, nomeadamente as infrações graves enumeradas na Convenção de Genebra, de 1949, para a proteção às vítimas da guerra. Da mesma forma, são considerados imprescritíveis os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bem como nas referidas resoluções, assim como a expulsão por um ataque armado ou uma ocupação e os atos desumanos resultantes da política de *apartheid*; e, ainda, o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do delito de genocídio, mesmo que estes atos não constituam violação do Direito Interno do país onde foram cometidos. Cumpre registrar, desde logo, que pesadas críticas foram lançadas em relação à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, razão pela qual não foi até hoje ratificada por inúmeros Estados, entre os quais o Brasil, notadamente por prever a incidência retroativa sobre fatos delituosos ocorridos antes de sua entrada em vigor (artigo I), em nítida afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, já nos idos de 1974, elaborou-se a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, mas sem a referida previsão de incidência retroativa, instrumento este que foi ratificado por alguns poucos países, dado

que torna evidente a completa ausência de consenso sobre tão delicada questão (imprescritibilidade).

Vinte anos depois, surgiu a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados, de 1994, aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 127/2011, mas ainda não promulgada por decreto do Executivo, cujo artigo VII considera o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade e, por isso, imprescritível, estabelecendo, no entanto, uma ressalva:

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição.

No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte. (Brasil, 2011)

Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, igualmente versou sobre a questão da imprescritibilidade de determinados delitos internacionais, conforme prevê o art. 29.

Feitas as considerações *supra*, cabe repisar um importante dado, constante da própria sentença da Corte Interamericana: o Estado brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, omissão que, segundo a sentença, seria decorrente de pressão política de militares. Tal afirmação desconsidera a própria história e tudo o que se seguiu ao Regime Militar, sobretudo a Carta de 1988, verdadeiro documento comprobatório de um novo Estado, absolutamente comprometido com a edificação de um sólido sistema internacional de proteção dos direitos humanos, conforme demonstram as disposições contidas nos arts. 1º, III; 4º, II; e 5º, § 2º, todos da CF. Por conseguinte, tal falaciosa “pressão militar” efetivamente não existe. Aliás, o Senado Federal, nas informações prestadas quando da ADPF 153, pugnou pela inépcia da exordial, uma vez que a Lei de Anistia teria exaurido os seus efeitos no mesmo instante em que ingressou no ordenamento jurídico, há mais de trinta anos, na vigência da Constituição anterior (STF, 2010). Da mesma, a Advocacia-Geral da União, livre de qualquer suposta “pressão”, assentou que “a abrangência conferida, até então, à Lei nº 6.683/1979, decorre, inexoravelmente, do contexto em que fora promulgada, sendo certo que não

estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar” (STF, 2010). Com efeito, é de se admirar a afirmação segundo a qual a ausência de ratificação da referida Convenção seria “fruto de pressão política daquele grupo de militares”, posto que os militares, desde o término do governo do presidente João Figueiredo (15.03.1979 a 15.03.1985), não ostentam mais o poder político de outrora.

Assim, tendo em vista a não ratificação da aludida convenção pelo Estado brasileiro, imperioso concluir pela impossibilidade de se acolher a noção de imprescritibilidade estabelecida na dita norma internacional. No mesmo sentido a opinião de André Estefam:

De ver, contudo, que nosso país ratificou o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (Decreto Presidencial nº 4.388/2002), o qual prevê a imprescritibilidade relativa a tais delitos em seu art. 29.

Em que pesem respeitáveis opiniões em contrário no sentido da vigência desta regra no plano interno, entendemos que ela encontra barreira intransponível no princípio constitucional da prescritibilidade. (Estefam, 2012, p. 509)

Ao pontuar que nem mesmo o Estatuto de Roma (incorporado ao Direito Interno) supera o que preconiza a Carta da República sobre o tema *prescritibilidade*, André Estefam demonstra não aceitar que uma convenção que sequer foi ratificada possa gerar compromissos ao Estado brasileiro.

7 DO COSTUME JURÍDICO COMO FONTE DO DIREITO E EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como visto, a Corte Interamericana invocou a noção de costume jurídico internacional para afirmar a responsabilidade do Estado brasileiro. O costume jurídico, segundo pacífica doutrina (Rezek, 2002, p. 113), figura como fonte do Direito Internacional, assentando-se sobre dois elementos indispensáveis à sua formação e conseqüente aplicabilidade: o material e o psicológico. O primeiro consiste na prática constante e reiterada de uma certa conduta. No caso do Direito Internacional, na repetição de determinado procedimento por parte dos Estados. O elemento psicológico (*opinio juris*) guarda relação com a convicção

de que tal proceder é necessário. Somente pela conjugação dos dois elementos a norma costumeira é formada.

Tendo em vista que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, e transportando a ideia inerente à norma costumeira para o tema em discussão, duas questões surgem e devem ser debatidas, posto que fundamentais para o deslinde da *vexata quaestio*: a) de início, é preciso considerar se o cenário internacional atual permite mesmo inferir que os Estados concebem a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade enquanto verdadeiro costume jurídico; b) ultrapassada tal análise, há que se discutir se o fato de o Direito Constitucional brasileiro restringir os casos de imprescritibilidade ao delito de racismo (art. 5º, XLII, da CF) e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF) funciona como óbice à adoção, por parte do Brasil, de um suposto costume jurídico internacional.

Quanto à primeira questão, cabe mencionar que a doutrina internacionalista diverge a respeito da efetiva existência, na cena internacional, de um tal costume. Ratner e Abrams (1997, p. 26) aludem que o fato de ter havido pouca adesão à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, bem como à Convenção Europeia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, militar em prol da tese que pugna pela inconsistência de uma norma consuetudinária.

Embora a Corte Interamericana em nenhum momento tenha se embasado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para forjar a noção de imprescritibilidade inerente aos crimes contra a humanidade, interessa, para o presente estudo, verificar como tal documento internacional trata do tema, obtendo-se um panorama mais recente e abrangente sobre a questão, possibilitando o emprego da denominada interpretação sistemática. Pois bem. O assunto, no Estatuto de Roma, é abordado apenas em uma regra, qual seja, o art. 29, segundo a qual os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem. Com efeito, é possível argumentar que a edição do Estatuto de Roma configura um dado apto a demonstrar a inexistência de uma norma costumeira relativa à imprescritibilidade de tais delitos na cena internacional. Pode-se afirmar, portanto, que o art. 29 surgiu justamente para estancar a problemática causada pela Convenção de 1968, a qual acolhia o odioso princípio da retroatividade da lei penal mais severa. Nesse sentido, afirma Velloso que a análise dos trabalhos preparatórios relativos ao Estatuto de Roma permite inferir a existência de dúvida quanto à afirmação segundo a qual o art. 29 do Tribunal

Penal Internacional estaria a codificar uma norma consuetudinária internacional já existente. Da mesma forma, assevera a pesquisadora que,

embora os Estados-partes no Estatuto de Roma tenham chegado a um acordo sobre a regra convencional da imprescritibilidade, à época da negociação o debate, iniciado trinta anos antes, não havia sido concluído. A natureza costumeira deste princípio não se havia consolidado, mas encontrava-se ainda em processo de afirmação. (2008, p. 20)

Nada obstante, ainda que a Corte Interamericana tenha proclamado a existência de um tal costume jurídico, não há como adotá-lo, no plano interno, de modo a viabilizar a punição de crimes cobertos pela Lei de Anistia. A propósito, André Estefam assevera que não “pode o direito consuetudinário [...] embasar a punição criminal de um ato, ou mesmo o agravamento das consequências penais de uma infração penal definida em lei” (Estefam, 2012, p. 125). Assim, voltando à segunda pergunta formulada alhures, resta evidente a impossibilidade de se invocar o costume jurídico internacional para alicerçar a pretensão punitiva do Estado, sobretudo diante do princípio da legalidade.

Segundo leciona Mirabete, “não se pode falar em criação ou revogação de crimes pelo costume, dado o princípio da legalidade” (2011, p. 29). Na mesma linha de raciocínio, Juarez Cirino assevera que o “*princípio da legalidade* proíbe o *costume* como fundamento de criminalização e de punição de condutas, porque exige *lex scripta* para os tipos legais e as sanções penais” (Cirino, 2006, p. 22).

Assim, ao se basear em um suposto costume jurídico internacional, a sentença prolatada pela Corte fez letra morta do princípio da legalidade, considerado por todos os penalistas modernos como o postulado mais sagrado do Direito Penal, verdadeiro dogma cuja observância irrestrita é fundamental para o legítimo aviamento do *jus puniendi*, decisão que se apresenta incoerente, já que tal proceder representa um retrocesso e nega um dos mais sólidos avanços democráticos obtidos ao longo dos séculos em matéria de Direito Penal (Estefam, 2012, p. 124). Por força do aludido princípio, previsto não somente no Direito brasileiro (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 1º do CP), mas com igual previsão no art. 9 do Pacto de San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº 678/1892), é impossível valer-se de um conceito consagrado pelo Direito Internacional, e não acolhido pelo Direito Interno por meio da sistemática vigente para a incorporação de tratados, a fim de se descortinar o *jus puniendi*.

A sentença da Corte Interamericana desenvolve-se, então, a partir de um raciocínio incongruente. A Corte Interamericana afirma, por um lado, que

a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Por outro, decide que o Estado brasileiro deve fazer ouvidos moucos para o art. 9 do Pacto de San José da Costa Rica, que consagra o mais fundamental de todos os princípios do Direito Penal, qual seja, o da legalidade.

Com efeito, por conta do dogma da legalidade, não se admite o emprego do Direito Consuetudinário como forma de ampliar a esfera punitiva estatal, justamente o que a sentença da Corte Interamericana, de certo modo, pretende fazer.

CONCLUSÃO

Analisada sob o prisma jurídico, não obstante todas as considerações identificadas e apontadas nas principais teses jurídicas abordadas quando da análise da ADPF 153, do Caso Riocentro, do Caso Rubens Paiva e da sentença proferida pela Corte Interamericana no Caso Julia Lund Gomes e outros, a Lei de Anistia permanece *válida*, inclusive por expresse reconhecimento pela Suprema Corte brasileira, razão pela qual o *jus puniendi*, nas hipóteses *supra*, esbarra em óbices constitucionais incontornáveis, que podem ser resumidos por meio dos seguintes enunciados:

- a) Embora presente no Direito Internacional, inexistente, no Direito Interno, qualquer definição de crime contra a humanidade.
- b) A impossibilidade de punição dos autores de crimes perpetrados nas ocasiões referidas decorre de marcos limitadores do poder punitivo estatal, entre os quais se pode citar o fenômeno da *prescrição*, cuja essência deve ser interpretada de modo a se evitar a ampliação das hipóteses que conduzem a casos de imprescritibilidade, justamente por ser aquela uma causa que extingue, elimina e afasta a sanção penal do Estado.

- c) O tema *prescrição*, justamente por interferir diretamente no *jus puniendi* do Estado, não pode ser contornado sob o argumento de que o costume jurídico internacional considera a *tortura* e o *terrorismo*, quando cometidos por agentes do Estado como forma de perseguição política, como crimes contra a humanidade.
- d) Invocar um costume jurídico internacional, cuja existência é absolutamente controvertida, revela um descompromisso com o princípio da legalidade penal.
- e) Nem mesmo a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade pode ser invocada como argumento para conferir tal imprescritibilidade aos crimes então praticados.
- f) Mostra-se extremamente perigoso alargar, sem lastro jurídico e por meio de simples falácias, o campo de incidência do Direito Penal. Nesse sentido, cumpre lembrar o notável Claus Roxin (2006, p. 138), para quem um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas por meio do Direito Penal, mas também do próprio Direito Penal.

Registre-se, ainda, que tal contestação quanto à Lei de Anistia reflete, em última análise, não uma discussão meritória e jurídica acerca de seus comandos normativos, mas, sim, uma grave e indiscutível negação à própria democracia, considerando o flagrante desrespeito à autoridade de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, moderno e poderoso instrumento de estabilização política, o que, a toda evidência, não se coaduna com o espírito democrático enraizado na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca assembleia nacional constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Mensagem nº 700, de 17 de setembro de 2008. Submete ao Congresso Nacional o texto do projeto de lei que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600462&filename=MSC+700/2008+%3D%3E+PL+4038/2008>. Acesso em: 24 out. 2014.

_____. Decreto Legislativo nº 127, de 2011. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=243367&norma=263546&anexos=>>>. Acesso em: 24 out. 2014.

BUSATO, Paulo César *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Projeto de Lei nº 4.038, de 23 de setembro de 2008. Autoria: Poder Executivo Federal. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5B88393CEE4DD7D6FDF16022681AD29B.proposicoesWeb1?codteor=600460&filename=PL+4038/2008>. Acesso em: 24 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Gomes e Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil, exceções preliminares, mérito,

reparações e custas. 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>. Acesso em: 16 out. 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESTEFAM, André. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Processo nº 0017766-09.2014.4.02.5101, Juíza Federal: Ana Paula Vieira de Carvalho, 6ª Vara Federal Criminal, Data da decisão: 13 maio 2014. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/Portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=E18C5A1D779646F981CABAA59CB27EF5&timeIni=43126,34&P1=69639410&P2=1&P3=&NPI=1&NPT=1&TI=1&NV=780340&MAR=S>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Processo nº 0104222-36.2014.4.02.0000, Juiz Federal: Caio Márcio Gutterres Taranto, 4ª Vara Federal Criminal, Data da decisão: 26 maio 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/jdr.TRF/Downloads/ANISTIA/DEC%20RECEB%20DE%C3%9ANCIA%20-%204%20VF.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal* – Parte geral. 27. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities*. International Law. Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford: Clarendon Press, 1997.

REZEK, J. F. *Direito internacional público* – Curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – Parte geral. Curitiba: CPC/Lumen Juris, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, J. 29.03.2000, DJ 22.11.2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau, J. 29.04.2010, DJ 06.08.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Medida Cautelar na Reclamação nº 18.686/RJ, decisão monocrática, Relator: Ministro Teori Zavascki, J. 29.04.2014, DJ 01.10.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+18686.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nmfjsc3>>. Acesso em: 25 out. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Habeas Corpus* nº 2014.02.01.0056847/RJ, Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié, 1ª Turma Especializada, J. 02.07.2014, DJ 30.07.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2014.02.01.0056847&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. *Habeas Corpus* nº 2014.00.00.104222-3/RJ, Relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto, 2ª Turma Especializada, J. 10.09.2014, DJ 02.10.2014. Disponível em: <<http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=9B02AE8BB36A4C10B4FFBF7F3B1E673B&timeIni=31811,6&P1=95684&P2=35&P3=&NPI=443&NP T=443&TI=1&NV=621865&MAR=S>>. Acesso em: 20 out. 2014.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A imprescritibilidade dos crimes internacionais. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant. Belo Horizonte: Cedin, v. 1, 2008. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/anuario/3_V1/anuario_3_v1.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

VENOSA, Sílvio de S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

