

**O MODELO TRANSACIONAL BRASILEIRO E A IMPRESCRITIBILIDADE DOS
CRIMES DE TORTURA¹ COMO DEVER JURÍDICO DE MEMÓRIA: PELA
CONFORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DE DIREITO INTERNACIONAL AO
PARADIGMA DA CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA**

**THE BRAZILIAN TRANSITIONAL JUSTICE AND THE STATUTE OF
LIMITATIONS TO CRIMES AGAINST HUMANITY AS LEGAL DUTY OF
MEMORY: THE CONFORMATION OF PRINCIPLE OF INTERNACIONAL LAW
TO THE DEMOCRATIC CONSTITUTIONALITY**

**Camilla Mattos Paolinelli²
Eduardo Jose Guedes Magrani³**

“[...]Não podemos ser mais ingênuos em relação à nossa própria história política. Temos que assumir essa história, que faz parte da construção permanente de uma identidade constitucional, não identitária e não idêntica, múltipla e aberta; que, por isso, não pode ser reificada por ninguém que pretenda adotar um ponto de vista privilegiado em relação a ela.”

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

RESUMO

A presente reflexão se propõe a analisar e criticar o modo pelo qual o modelo transacional adotado no Brasil tem se encaminhado para atender ao dever de transformação política do Estado brasileiro na construção de uma *cultura democrática* de garantia, proteção e implementação de direitos humanos, pós Constituição de 1988. Aborda-se a polêmica gerada em torno da regra internacional de caráter *ius cogens* que obriga o Estado brasileiro a declarar insusceptíveis de prescrição os crimes contra a humanidade, exemplificando que é o delito de tortura praticado de forma sistemática contra a população civil durante a Ditadura (bem como o homicídio, sequestro, desaparecimento forçado, estupro), espécie do gênero, e como tal deve ser tratado. Retrata-se o fato de que não obstante a regra da imprescritibilidade dessa espécie de crimes exista e obrigue os Estados integrantes da ordem internacional desde os princípios de Nuremberg (1950), até hoje o Estado brasileiro não a observa. Procura-se demarcar que, a despeito de todas as discussões que vêm sendo travadas por estudiosos e

¹ Tortura é entendida aqui como crime contra a humanidade. Assim também devem ser compreendidos os delitos de homicídio, sequestro, desaparecimento forçado, lesão corporal, estupro e constrangimento ilegal praticados de forma generalizada e sistemática contra a população civil durante o Regime Militar (1964-1985) no Brasil.

² Mestranda em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra-PT; pesquisadora integrante do grupo de pesquisa em *Direito Fundamental à Organização e ao Procedimento* vinculado ao NAP 2012/PUC Minas; Advogada militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2532984344080424>.

³ Professor e pesquisador do Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Coordenador do Projeto A2K - Access to Knowledge Brazil - em parceria com a OSF (Open Society Foundations). Mestrando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogado inscrito nos quadros da OAB/RJ nº 168578. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra-PT e Université Stendhal (Grenoble III)-FR. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6104491057080874>.

aplicadores do Direito em torno da questão, o cumprimento da regra pelo Estado brasileiro é plenamente defensável em face de sua conformação constitucional a uma série de direitos e garantias fundamentais. Demonstra-se que, na verdade, muito embora a polêmica em torno da imprescritibilidade exista e atormente os operadores do direito, o fator que mais contribui para a manutenção da situação de impunidade é o entendimento que foi historicamente atribuído à Lei da Anistia, confirmado pelo STF na decisão da ADPF nº153 e que, espera-se, seja reformado em sede de julgamento de embargos de declaração, demonstrando o compromisso do Estado brasileiro com a Constitucionalidade Democrática e com o Direito Internacional e os Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça de Transição. Direitos Humanos. Memória. Imprescritibilidade. Norma de caráter *Ius Cogens*. Anistia. Constitucionalidade Democrática.

ABSTRACT

This article is aimed at analyzing and criticizing the way the transaction model adopted in Brazil has taken to meet the duty of political change of the Brazilian State in building a *democratic culture* of security, protection and implementation of human rights, after the 1988 Constitution. It addresses the controversy generated around the international *jus cogens* rule that requires the Brazilian government to declare the inapplicability of the statute of limitations to crimes against humanity, illustrating that the offense of torture was systematically practiced against civilians during Brazil's latest dictatorship (as well as murder, kidnapping, forced disappearance and rape), and as such should be treated. It covers the fact that notwithstanding the inapplicability of the statute of limitations for this kind of crime, obliging States-parties in the international order since the Nuremberg Principles (1950), the Brazilian State still doesn't observe it. It points out that, despite all the discussions that have been waged by scholars and enforcers of Law on the issue, compliance to the rule by the Brazilian State is entirely plausible given the country's series of constitutional fundamental rights and guarantees. It is shown that, in fact, although the controversy surrounding the inapplicability of the statute of limitations exists and torments jurists, the most important factor that contributes to the maintenance of impunity is the understanding historically attributed to the Amnesty Law, confirmed by Brazil's Supreme Constitutional Court on the decision ADPF N° 153 and, hopefully, to be reformed in the opportunity of the judgment of appeals for clarification, demonstrating the commitment of the Brazilian State with the democratic constitutionality and the International Human Rights Law.

KEYWORDS: Transitional Justice. Human Rights. Memory. Statute of Limitations. *Jus Cogens* rule. Amnesty. Democratic constitutionality.

INTRODUÇÃO

Negar a reconstrução da verdade e da memória das vítimas da ditadura é se compactuar com o risco de repetição compulsiva das atrocidades ocorridas àquele tempo. Afinal, democracia não combina com discurso do completo esquecimento, nem de um lado nem de outro. Uma sociedade que se pretende democrática deve oferecer mecanismos de memória e verdade aos dois lados da moeda (vítimas e repressores), sem suplantando o objetivo primordial da memória, a saber, a construção de identidade, que deve se dar, em última análise, pelo reconhecimento e preservação das diferenças e auto-inclusão dos historicamente excluídos (*despatrimonializados* – LEAL, 2009).

Afinal, conforme adverte François Ost, “*sem memória, uma sociedade não se poderia atribuir identidade nem ter pretensões a qualquer perenidade, mas sem perdão, ela se exporá ao risco de repetição compulsiva de seus dogmas e de seus fantasmas*”(OST, 2005).

Deve haver, dessa forma, um “elo conciliador” que atrele o passado ditatorial com o presente democrático, cuja estrutura não desconsidere o cometimento de barbáries e enormes atrocidades, a fim de se permitir a geração de um clamor por “justiça” de forma autônoma pela comunidade política de *legitimados ao processo (totalidade do povo* - LEAL, 2010, p.88).

No presente estudo, pretender-se-á uma breve análise dos mecanismos transacionais que vêm sendo institucionalizados pelo Estado brasileiro, fazendo uma digressão à polêmica jurídica da aplicação da regra internacional (de caráter *ius cogens*) da imprescritibilidade dos crimes de tortura, instituída a partir o Estatuto do Tribunal de Nuremberg.

Após, tentar-se-á demonstrar um liame entre as normas constitucionais brasileiras e a imprescritibilidade acolhida na ordem internacional, demarcando que, a despeito de não haver regra explícita no ordenamento interno, através de uma interpretação sistemático-teleológica é possível se dizer que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é regra constitucional⁴.

Não se pretenderá adentrar com profundidade à complexa discussão quanto à auto-anistia arvorada por meio da lei 6.683/79, cuja constitucionalidade, mais particularmente de seu parágrafo 1º do art. 1º foi reafirmada por ocasião do julgamento da APDF nº153 pelo

⁴ A proposta pela conformação constitucional da regra da imprescritibilidade foi extraída das construções teóricas desenvolvidas por Joceli Scremin da Rocha no artigo *A conformação constitucional dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil*, publicado pela Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v.21, n.11, nov.2009.

Supremo Tribunal Federal, (não obstante não se concorde com a maioria das construções e alusões ali esboçadas). Contudo, concluir-se-á que a tese majoritária ali desenvolvida e acolhida pelo STF impede a punição dos crimes lesa-humanidade cometidos durante a Ditadura, mormente àquela época o Brasil já se encontrar submetido à regra internacional da imprescritibilidade devido ao seu caráter *ius cogens*.

Ao longo do texto, tentar-se-á destacar os principais pontos de encontro entre os temas abordados e aspectos jus filosóficos tratados nas obras *O Tempo do Direito* de François Ost, *Sanção, Reabilitação, Perdão* e *A Memória, a História, o Esquecimento* de Paul Ricoeur.

Ficará claro no percurso da reflexão que o modelo transaccional adotado pelo Estado brasileiro não prestigia a tese da imprescritibilidade, o que não se coaduna com o dever do Estado de garantir a restauração da memória das vítimas da ditadura como medida de *Justiça*⁵; tampouco prestigia o seu direito fundamental à memória e à verdade em dissonância com o que estabelece o paradigma adotado pela Constituição Federal de 1988, a saber, da constitucionalidade (*processualidade* – LEAL, 2010) democrática, que exige a abertura ao diálogo a todos, em contribuição para a construção de uma teoria do discurso de direitos humanos, que não se pretende retórica ou impositiva.

Nessa perspectiva, necessária a auto-inclusão de todos, com o exercício amplo da cidadania de fiscalidade irrestrita, de modo que o discurso dos direitos humanos (*fundacionais* – LEAL, 2009) seja auto-implementado de forma emancipatória, sem permitir que os citados direitos atendam, tão somente, a uma função autorregulatória da sociedade, que nada mais será que uma espécie de colonização da memória, por *memórias manipuladas e obrigadas* (RICOUER, 2007).

É preciso um exercício de *memória impedida* (RICOUER, 2007) que permita superação dos traumas numa programação efetivamente democrática para o futuro. E é por isso que aqui se defenderá que é imprescindível que o STF reforme a decisão proferida durante o julgamento da ADPF nº153, através do acolhimento dos embargos de declaração ali opostos, em prestígio à obrigação nacional e internacional do Estado brasileiro de respeito aos Direitos Humanos.

As vertentes metodológicas utilizadas no estudo serão a analítico-interpretativa e a jurídico-teórica, uma vez que se pretende demonstrar e criticar o modelo transaccional brasileiro, as interpretações dadas à regra internacional da imprescritibilidade, na tentativa de se encontrar uma abordagem que conforme a obrigação internacional, que deve ser

⁵ OST, 2005.

efetivamente assumida pelo Estado brasileiro, com a *cultura democrática* de proteção e implementação dos direitos humanos, instaurada pós Constituição de 1988. Ao longo do texto, efetuar-se-á o delineamento dos conceitos de *memória como tempo do direito* e *Justiça como ato de memória*, inferidos das obras de François Ost e Paul Ricouer.

A CULTURA DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS HUMANOS: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O MODELO TRANSACIONAL BRASILEIRO

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, num esforço para se superar as atrocidades ocorridas durante a Ditadura, inaugura-se no Brasil o projeto constitucional (em constante edificação) do Estado Democrático de Direito, como constatação das insuficiências e omissões normativas advindas dos paradigmas de Estados Liberal e Social, que já não eram mais capazes de responder às demandas de legitimação do poder estatal pelo povo, tampouco ao pleito de proteção e efetivação de direitos humanos (*fundamentalizados* – LEAL, 2009).

Surge, assim, da fusão normativa (*entrelaçamento teórico* - BRÊTAS, 2011, p.70) dos princípios da Democracia e do Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito que, por sua vez, tem sua base estruturante no direito do povo à função jurisdicional orientada pelo devido processo constitucional. Nesse contexto, “*o Estado Democrático de Direito não pode apenas garantir a tutela jurisdicional, mas tem de assegurar uma tutela qualificada pela fiel observância dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente*” (THEODORO JUNIOR, 2009, p.259).

Assim, ao estudar o Estado contemporâneo é preciso se ter em mente que se trata de “*uma instituição que se legitima na Constituição, não podendo ultrapassar a medida de seu caminho traçado por esse texto articularizador*” (DEL NEGRI, 2008, p.26). Por isso mesmo, diz-se que com o Estado Democrático de Direito, o Brasil inaugura a *cultura dos direitos humanos*, em contraponto à *Razão do Estado*, cultuada durante os longos e sombrios anos de regime militar. Daí a se falar em *cultura democrática de direitos humanos*.

De nada adianta, contudo, a instituição de um novo paradigma de Estado que pretenda superar os mais de vinte anos de *anti-democracia* violadora de direitos, - inaugurando a *cultura democrática de direitos humanos*, e que assegure com primordialidade, a observância, o respeito e a efetivação desses mesmos direitos -, sem a existência de um mecanismo de justiça transacional que verdadeiramente garanta a superação dos legados de violência como ato de memória e programação do direito para um futuro de paz.

Fala-se, aqui, na necessidade de adoção de um conjunto de mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias que devem ser elencadas pelo Estado (que se quer democrático) para enfrentar o legado de violência em massa do passado, a fim de atribuir responsabilidades, exigir a efetividade do direito à memória e à verdade (como direitos fundamentais – art. 5º, XXXIII da CR), no intuito de fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição de atrocidades⁶ (SOARES, 2010).

Para Glenda Mezarobba (2009, p.37), a “justiça transacional” “*é comumente entendida como uma estrutura para se confrontar abusos do passado e como componente de uma maior transformação política, que geralmente envolve uma combinação de estratégias judiciais e não judiciais*”. Para tanto, devem os mecanismos transacionais valer-se de duas fontes primárias para fazer um argumento normativo em favor do confronto com o passado, a saber: - subordinação à jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos e obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana⁷.

Segundo Inês Virgínia Soares (2010), o Estado brasileiro optou, até o presente momento, por um modelo de justiça de transição que se afasta do processo penal e do enfoque punitivo dos autores das atrocidades. Isso porque, ao longo dos anos foi dada uma interpretação à Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79), confirmada pelos STF na ADPF nº153, que dificultou (e até hoje impede) a responsabilização criminal dos agressores. A responsabilização penal pelos atos cometidos, todavia, é considerada essencial para atenuar o sentimento de injustiça e pode contribuir para cicatrizar as feridas, a fim de consolidar a democracia e a cultura de respeito aos direitos humanos.

Muito embora a persecução penal não tenha sido objeto de acolhida no modelo transacional brasileiro, nota-se até certo esforço do Estado na implementação de outros mecanismos que possam restaurar a memória das vítimas⁸. Recentemente, a criação da

⁶ Traça-se, aqui, a noção de “justiça transacional”.

⁷ Segundo Soares, a Comunidade Internacional e a doutrina mencionam quatro obrigações fundamentais do Estado, na implementação dos modelos de Justiça de Transição, a saber: “1. *Adotar medidas razoáveis para prevenir as violações aos direitos humanos.* 2. *Oferecer mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência.* 3. *Disponer de um aparato legal que possibilite a responsabilização dos agentes que tenham praticado as violações.* 4. *Garantir a reparação das vítimas por meio de ações que visem a reparação material e simbólica.*” Pode-se apontar como principais estratégias dos modelos transacionais adotados no mundo: “1. *investigações dos delitos, processamento e punição dos responsáveis pela sua prática.* 2. *Criação de comissão da verdade e outras formas de investigação a respeito do passado.* 3. *Esforços de reconciliação em sociedades fraturadas;* 4. *Desenvolvimento de programas de reparação para aqueles que foram mais afetados pela violência ou abusos praticados;* 5. *Iniciativas de memória e lembrança em torno das vítimas, como construção de museus, memoriais, obras que relatam os testemunhos de vítimas, etc.;* 6. *Reforma do espectro de instituições públicas abusivas (serviços de segurança, policial ou militar) numa tentativa de se evitar novas violações no futuro.*” (SOARES, 2010 - mais em *Quê es la justicia transacional?*, <http://www.ictj.org/es/tj/>)

⁸ São exemplos de medidas já adotadas pelo Estado Brasileiro: “*abertura de vários arquivos do período; a atuação da Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (Lei 9.140/95), que tem um acervo importante sobre*

Comissão Nacional da Verdade⁹ que trabalhará na investigação a violações a direitos humanos ocorridas no período compreendido entre 1946 a 1988, é demonstrativo disso. A referida Comissão tem por objetivo efetivar o direito à memória e à verdade histórica no intuito de promover a reconciliação nacional, conforme dispõe o art. 1º da lei 12.528/11, sem, contudo, ter caráter jurisdicional ou persecutório.

Em detido exame das disposições legais que deverão reger os trabalhos da Comissão, fica claro que os trabalhos a serem desenvolvidos privilegiam desde logo a dignidade das vítimas, bem como seu direito fundamental à verdade, em detrimento da punição dos culpados. Para Antoine Garapon:

Se o processo penal clássico nem sempre se mostra adaptado, importa então conceber novas formas de justiça que se mostrem à altura de um tal desafio. A principal alternativa é a comissão da verdade. [...] Podem contentar-se em estabelecer os factos e avaliar o número de vítimas, assumir uma forma pública ou mais confidencial, envolver-se nas acções penais (estabelecendo pontes entre suas revelações e possíveis acusações) ou, inversamente, constituir-se paralelamente, ou até substituir-se à justiça (e bloquear qualquer ação penal por parte das pessoas que tenham testemunhado). Contudo, todas têm em comum a preocupação de ultrapassar a estrita lógica judiciária e, nomeadamente, evitar o modelo de pena. (GARAPON, 2002,p.234)

Significa dizer que a Comissão Nacional da Verdade Brasileira, a exemplo de tantas outras que se instalaram pelo mundo (África do Sul, Argentina, Suíça), possui uma perspectiva reintegradora (GARAPON, 2002, p.220), no sentido de se restabelecer laços com o passado, realizando o reconhecimento das vítimas, com vistas à implementação dos direitos fundamentais à memória e à verdade.

Esse reconhecimento, segundo Antoine Garapon (2002, p. 220), é essencial a toda e qualquer sociedade que se quer democrática e busca superar legados de violência do passado, pois ele desperta o *espírito da cidadania*, permitindo o afastamento de uma concepção unilateral e antipolítica de vítima, no intuito de alcançar reciprocidade (*virtude cívica da democracia* – GARAPON, 2002, p.221) e a reconciliação necessária à construção da história e de uma memória que não se quer *colonizada* (ideologizada) – verdadeiramente uma identidade democrática.

vítimas e sobre as atrocidades sofridas; trabalho da Comissão de Anistia, no âmbito do Ministério da Justiça (Lei 10.551/02), que também reúne relevante material; publicação do livro Direito à Memória e à Verdade, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007; em 2009, a Criação do Centro de Referência de Lutas Políticas no Brasil, denominado Memórias reveladas, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional; Instituição, por decreto presidencial, do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH (Instituído pelo Decreto Presidencial nº.7.037/09 e disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/pndh3/pndh3.pdf>)” (SOARES, 2010).

⁹ A respeito dos objetivos, atividades a serem desenvolvidas, prazo e composição da Comissão da Verdade ver lei 12.528/11.

Contudo, não basta o reconhecimento das vítimas. Como ficam os culpados? Onde ficaria a dimensão da *Justiça* como *ato de memória*? O Estado brasileiro estaria abandonando o *status* ético-político de ruptura da Constituição de 1988 com o regime anterior (CATTONI DE OLIVEIRA; MEYER, 2011, p.282)?

Acredita-se que os esforços até então dispensados pelo Estado brasileiro não são suficientes para a transformação política pretendida pela Constituição de 1988. Afinal, o Brasil continua a *fechar os olhos* para as obrigações assumidas no plano internacional, que possuem inegável conformação com os preceitos constitucionais de proteção a direitos e garantias fundamentais e devem impelir o Estado à identificação, persecução e punição de agentes públicos executores de graves violações a direitos humanos, praticadas durante a Ditadura Militar, conforme se verá.

A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE COMO DEVER JURÍDICO DE MEMÓRIA

François Ost, na obra *O Tempo do Direito*, destaca que a primeira forma de tempo jurídico é a memória, que lembra existir o dado e o instituído. Fala o autor em *tempo do direito*, já que o tempo seria uma espécie instituição conformada pelo poder jurídico (OST, 2005, p.12), incumbindo a este, como ato de memória, a função de instituir o passado, certificar os fatos ocorridos, garantir a origem das regras, das pessoas e das coisas (OST, 2005, p.49), no intuito de regular o presente e programar o futuro. O direito, portanto, constitui-se como exercício permanente de memória.

Afinal, se a memória não fizesse parte do direito:

[...] surgiria o risco de anomia, como se a sociedade se construísse sobre a areia. Pelo ato de memória, as sociedades buscam responder à questão da origem que não cessa de interpelá-las: *onde?*, de onde vêm?, de onde falam?, a qual título agem? Assim se amontoa, por essas confusões de respostas formuladas, na fronteira entre o imaginário e o racional, um passado “memorável” – digno de memória, onde se enraíza a identidade coletiva. [...] Sem alimentar, por esse trabalho obscuro as lareiras da memória, a sociedade continuaria em pane, sempre em busca de sua identidade. Esta missão de guardião da memória social foi, todos os tempos, confiada aos juristas. [...] (OST, 2005, p.50)

Por sua vez, para Ost, é também a *Justiça* um ato de memória, já que através dos julgamentos (*processos*) se permite que a sociedade reconheça a vítima enquanto tal, bem como identifique o criminoso, atribuindo-lhe culpa e pena, como promessa de retribuição / reparação à vítima. Significa dizer que em Ost, para ocorra *Justiça* é necessário haver

reconhecimento da vítima e do criminoso, de modo que a sanção aplicada àquele constitui uma espécie de perdão (OST, 2005, p.166-168). O cumprimento da pena, por sua vez, teria como propósito redignificar o homem, trazendo-lhe uma espécie de redenção.

Ocupa-se Ost ainda em dizer que a anistia e o perdão estão fora do Direito. Enquanto anistia (completo esquecimento) está aquém, já que não deixa o direito existir, o perdão está além, já que é individual, enquanto o direito é público e coletivo. O poder jurídico, assim, não poderia trabalhar nem com a anistia nem com o perdão.

E ainda, como todo ato de memória que só existe “*sobre um fundo de esquecimento*” e este como “*repouso do corpo e a respiração do espírito*” (OST, 2005, p. 153), tem-se que o direito deve também trabalhar com certa margem de esquecimento. Especificamente nesse ponto, Ost aborda a questão da prescrição - categoria necessária ao direito e forma de esquecimento com a qual a ciência jurídica, seguramente, pode trabalhar. Isso porque a prescrição é regra geral e abstrata, definida *a priori*:

Antes mesmo que esta ou aquela infração seja cometida [...]. Fica, então, entendido que devido ao decurso de um certo tempo, a sociedade não tem mais interesse em perseguir a infração (fala-se em extinção da ação pública) ou em exigir a execução da pena que teria sido pronunciada, mas ainda não executada. É que o tempo terá corroído as provas e embotado as lembranças e que, de qualquer modo, o escândalo social causado pela infração terá se extinguido nesse intervalo de tempo. (OST, 2005, p. 168)

Através da prescrição se estabelece o momento em que o crime merece ser esquecido, seja porque sua punição não faz mais sentido ou mesmo pelo problema material de corrosão das provas. A prescrição penal, assim, nas palavras de Ost:

[...] representa um instrumento particularmente flexível de dosagem entre memória e esquecimento, sanção e perdão, já que é permitido prolongar ou reduzir o prazo de prescrição, modificar seu ponto de partida ou, ainda, administrar um domínio para o imprescritível. (OST, 2005, p.169)

Paul Ricoeur, por sua vez, salienta que a prescrição faz presumir, por força de um artifício jurídico, um efeito do tempo sobre atos e fatos do passado, que os torna imunes a qualquer tipo de reivindicação contrária ou questionamento. A justificativa do instituto da prescrição, portanto, em Ricoeur, seria utilitária, haja vista a necessidade de estabilização das relações sociais e reforço da segurança jurídica (MARANHÃO; PEREIRA, 2003, p.33).

Apesar de ambos os autores admitirem a necessidade da prescrição como esquecimento necessário (utilitário) à construção de memória pelo direito, tanto Ost (*Tempo*

do Direito), quanto Paul Ricoeur (*Sanção, Reabilitação, Perdão*) trabalham a idéia de imprescritibilidade que, no Direito Penal, “*se recusa a nada esquecer*” (OST, 2005, p. 168).

É que, conforme adverte Ost, em determinadas situações a instituição da prescrição é incompatível com certas condutas, por questões de *Justiça*. Nessas situações, justificar-se-á a definição de regras de imprescritibilidade, como forma de preservação de parte da memória coletiva, arraigada a acontecimentos marcantes, geralmente violentos e ocorridos de forma sistemática, que, devido ao alto grau de atrocidade, não podem ser esquecidos, a fim de que não se repitam no futuro (OST, 2005, p. 149-160).

E prossegue Ost na justificativa da imprescritibilidade, exemplificando que:

[...] nos casos de crimes graves, em relação aos quais não se admite mais que o tempo lhe apague a lembrança, impõe-se a instituição de imprescritibilidade. Forjando o conceito “crime contra a humanidade”, os juristas ligados ao processo de Nuremberg obtiveram o efeito de recuar virtualmente ao infinito os limites do esquecimento (prescrição) e do perdão (anistia). O mecanismo inscrito, desde então, no direito consuetudinário internacional foi retomado na lei francesa de 26 de novembro de 1964 (que “consta” a imprescritibilidade desses crimes), e, em seguida, traduzido numa Convenção a ONU em 1968 e do Conselho Europeu de 1974, que o estendem aos crimes de guerra. A instituição desta maneira de memorial jurídico segue múltiplos objetivos: Permitir, em relação e contra tudo (aqui principalmente numa corrida contra o tempo), que se faça justiça em relação aos delitos que constituem, mais diretamente, atentado contra a humanidade do homem (no duplo sentido do que há de humano nele, e da humanidade entendida como coletividade, o gênero humano), dar um testemunho pedagógico em relação às gerações mais jovens e contra as teses revisionistas, lutar pelo acúmulo de provas e arquivamento dos testemunhos, contra a amputação de uma parte do passado dos povos vítimas de genocídio. Apartheid, deportação, assassinato coletivo e outros crimes contra a humanidade. (OST, 2005, p. 169-170)

Trabalha Ricoeur na mesma perspectiva ao afirmar que, quando se trata de crimes *lesa-humanidade (contra a humanidade)*, o princípio da imprescritibilidade atua na supressão os prazos da ação processual e autoriza processar indefinidamente os autores desses crimes imensos (RICOUER, 2007, p.479). Nesse sentido, o princípio da imprescritibilidade aplicado aos crimes contra a humanidade, manteria sempre abertos os caminhos de regresso ao delito e às suas marcas, possibilitando em qualquer tempo a persecução penal dos criminosos (MARANHÃO; PEREIRA, 2003, p.34) . A imprescritibilidade seria, assim, com fortes motivos para tanto, uma negativa do perdão e do esquecimento (RICOUER, 1995, p.478).

Traçados os principais aspectos filosóficos que denunciam e conformam a construção da memória jurídica (como necessária à construção de identidade coletiva) levada a cabo pelo princípio da imprescritibilidade, passa-se à análise histórica do surgimento da referida norma na ordem internacional, demonstrando que sua construção (enquanto princípio

de caráter *ius cogens*) adveio diretamente das primeiras previsões relativas a crimes lesa-humanidade (*contra humanidade*).

Pois bem. Os crimes lesa-humanidade tiveram seus elementos formalmente articulados, pela primeira vez, no Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1950, a despeito de já terem sido reconhecidos em alguns instrumentos anteriores. De acordo com os princípios definidos pelo Estatuto, são puníveis como crimes internacionais, os crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, entendendo-se estes últimos como “*assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou qualquer outro ato inumano contra a população civil ou perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando essas perseguições ocorram em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra*”¹⁰.

Além de estabelecer a primeira definição formal de crimes contra a humanidade, o Estatuto de Nuremberg também, através de seu princípio I, conforme asseveram Juan Méndez e Tatiana Rincón Covelli (2009, p.372), inovou ao conceber o princípio da imprescritibilidade como norma diretamente vinculada ao cumprimento do direito internacional que, por sua vez, tratou de ordenar a punição dos autores de crimes contra a humanidade. Daí a se conceber que o princípio nasceu já dotado de caráter *ius cogens*.

Após Nuremberg, diversos instrumentos internacionais cuidaram da conceituação dos crimes contra a humanidade, sempre com vinculação à regra da imprescritibilidade, a exemplo do que fizeram os Estatutos dos Tribunais Penais da Ex-Iugoslávia, Ruanda e Serra Leoa, e, mais recentemente, o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional¹¹.

Especificamente no tocante à imprescritibilidade, denota-se a importância da Resolução 2338 (XXII) (18 de dezembro de 1967) da Assembleia Geral das Nações Unidas que, em reforço às concepções de Nuremberg, atestou a necessidade de formalização da regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade com “*o objetivo de reafirmar um princípio internacional já existente e de poder garantir, por meio de um tratado, sua aplicação universal*”, já que a prescrição dessa espécie de crimes “*impede o ajuizamento de ações, propicia e mantém a impunidade*” (MENDES; COVELLI, 2009, p. 381-382).

¹⁰ Princípios de Nuremberg, Princípio VI.

¹¹ Vale destacar que em todos esses instrumentos, mantiveram-se comuns três traços conceituais para a tipificação da prática de delitos contra a humanidade, dentre os quais: 1. caráter e natureza desumana, cruel e degradante; trata-se de delitos que causam extremo sofrimento à vítima e violência à sua integridade física e mental. 2. Na maioria dos diplomas, não há enumeração taxativa de tipos penais que se enquadram na categoria. Existe apenas um delineamento de aspectos gerais conceituais desse tipo de conduta delituosa, o que permite o enquadramento de diversos tipos de crime, no intuito de atender ao caráter e à natureza de inumanidade desses delitos. 3. Trata-se de crimes praticados de forma sistemática ou generalizada contra a população civil, constituindo-se, geralmente, como parte de um ataque de regimes políticos instituídos à população, não necessariamente de maneira formal.

Em 1968, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Lesa-Humanidade (concebida a partir da Resolução 2338 (XXII) da ONU), consagra expressamente a imprescritibilidade que, por sua vez, passa a ser concebida não só como princípio internacional de caráter *ius cogens*, como também regra internacional, obrigatória aos países que ratificaram o instrumento. O Estado brasileiro, contudo, à época assolado pelos horrores dos “anos de chumbo”, não ratificou a referida Convenção¹².

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), ratificado pelo Brasil em 1992 (Decreto Legislativo 27 de 25 de setembro de 1992 e oficialmente promulgado pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992), estabelece que a obrigação geral dos Estados de perseguir, investigar e punir os responsáveis por violações graves de direitos humanos e crimes de lesa-humanidade nasce para o Estado desde momento da ratificação da Convenção.

A despeito disso, tem determinado a Corte Interamericana que a referida obrigação dos Estados se estende aos fatos constitutivos destes tipos de violações e crimes, mesmo aqueles os cometidos antes da ratificação e vigência da Convenção¹³.

Dessa forma, uma conclusão é óbvia: se o Brasil, como Estado-Parte da Convenção, alega a prescrição, no intuito de não investigar ou punir os crimes lesa-humanidade cometidos durante o período da ditadura (1964-1985) estará descumprindo as obrigações gerais do artigo 1.1, em violação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Isto é, não é porque o Estado brasileiro não ratificou a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Lesa-Humanidade de 1968 que poderá se eximir da obrigação de investigar e punir essa espécie de crime.

Ora, a referida Convenção nada mais fez que consagrar um princípio (mesmo que não de forma explícita) vigente antes mesmo de sua aprovação. Ademais, independentemente da competência *ratione temporis* da Corte, vale enfatizar, a Convenção Interamericana, em

¹² Nem por isso, conforme se verá, pelo menos no tocante ao direito internacional, estaria o Estado Brasileiro desobrigado da proibição da prescrição dos crimes contra a humanidade.

¹³ Em diversas ocasiões, a exemplo do que ocorreu no caso brasileiro *Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, a Corte atestou que o princípio da imprescritibilidade das violações muito graves de direitos humanos (apesar de não explícito), decorre da obrigação dos Estados signatários de perseguir, investigar e punir esses fatos, estabelecida no artigo 1.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos que, por sua vez, dispõe: “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos - 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1968)

seu art. 1.1, obriga ao Brasil, como Estado signatário, a investigar e punir os fatos constitutivos de violações a direitos humanos, desde a sua origem, conforme mencionado.

Não obstante o esforço hermenêutico aqui desenvolvido para a prevalência da regra / princípio de direito internacional, independentemente de disposição de direito interno, há de se dizer que para processualística e dogmática penal brasileira, a questão é particularmente problemática.

Isso porque, a despeito de restar constatado (inclusive em várias decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹⁴) que a prescritibilidade dos crimes contra a humanidade é proibição de caráter *ius cogens*, consagrada desde Nuremberg¹⁵, o Estado brasileiro, formal e expressamente, só se obrigou a punir esse tipo de delito por ocasião da ratificação do Estatuto de Roma, através do Decreto Legislativo 112, de 06 de junho de 2002.

Diz-se isso porque o Pacto de São José (Convenção IDH) não traz expressamente a definição de crimes contra a humanidade, já que não possui o caráter de jurisdição penal complementar. A convenção apenas trata de consagrar uma obrigação internacional dos Estados americanos signatários, como sociedades democráticas, de respeitar os direitos humanos essenciais¹⁶.

Por outro lado, o Estatuto de Roma, ao criar o Tribunal Penal Internacional, conforme salienta Joceli Scremin da Rocha (2009), estabelece a responsabilização criminal dos agentes responsáveis pela prática dos crimes contra a humanidade, delimitada pela aplicação dos princípios da anterioridade e da retroatividade expostos nos artigos 22 e 24¹⁷ do Estatuto. Isto é, a Jurisdição do Tribunal Penal Internacional, além do caráter subsidiário e

¹⁴ Nesse sentido, disse a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*: “27. Por outro lado, 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 (Caso *Almonacid*, parágrafos 152 e 153).” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 8).

¹⁵ Os princípios de Nuremberg se tornaram obrigatórios aos países integrantes da Comunidade Internacional, por ocasião de sua adoção na Assembleia Geral das Nações Unidas. Nesse sentido, ONU, Assembleia Geral. Resolução 3074 (XXVIII). Princípios de Cooperação Internacional na identificação, detenção, extradição e castigo dos culpáveis crimes de guerra ou crimes de lesa-humanidade, de 3 de dezembro de 1973.

¹⁶ Vide preâmbulo da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

¹⁷ “Artigo 22

Nullum Crimen Sine Lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.” “Artigo 24

Não Retroatividade Ratione Personae

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.” (ESTATUTO DE ROMA, 2008)

complementar, no sentido de que só será exercida se demonstrado que o Estado signatário permanece inerte, negligencia ou não possui interesse nas investigações ou na persecução penal de crimes contra a humanidade, só poderá punir a partir do momento em que o Estado ratificar o Estatuto que a cria, alcançando somente fatos delituosos ocorridos a partir de então.

Dessa forma:

[...] verifica-se que o aspecto temporal e o esgotamento de todos os procedimentos internos vigentes no país signatário são as regras basilares para a eventual incidência da jurisdição internacional do Estatuto de Roma, consubstanciadas no ato pelo qual a Justiça Nacional entregará o indivíduo á Corte Internacional (*surrender*). (ROCHA, 2009, p. 48).

Mormente essas limitações, a importância do Estatuto de Roma para o presente estudo não é desprezível, já que o documento traz enumeração taxativa dos crimes contra a humanidade (art. 7º), dentre os quais, consagra expressamente o delito de tortura (alínea ‘f’)¹⁸. Além disso, o referido Estatuto também prevê de forma expressa a regra da imprescritibilidade para os crimes contra a humanidade nele definidos (art. 29)¹⁹.

Nesse sentido, há de se convir que Estatuto de Roma nada mais fez que positivizar um princípio internacional de caráter *ius cogens* concebido desde Nuremberg e que já tinha sido elevado ao *status* de regra, devido à sua previsão na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Lesa-Humanidade (da qual, frisa-se, não é o Brasil signatário). Cumpre, aqui, destacar também o significativo avanço do Diploma, na consagração expressa do crime de tortura como delito contra a humanidade, classificando sua prática como altamente desumana e degradante, o que, por si só, já justificaria a regra da imprescritibilidade²⁰.

Malgrado todas essas considerações e avanços significativos no que tange à formatação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como princípio internacional de caráter *ius cogens*; no ordenamento jurídico interno, grande parte dos

¹⁸ “Artigo 7.º

Crimes contra a Humanidade

1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: (...)

f) “Tortura; (...)” (ESTATUTO DE ROMA, 1998)

¹⁹ “Artigo 29º

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.” (ESTATUTO DE ROMA, 1998)

²⁰ Merece destaque ainda o fato de que Estado Brasileiro ratificou duas outras convenções para a Repressão, Prevenção e Punição da Tortura, a saber: a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto 98.386 de 9.11.1989) e a Convenção da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes (Decreto n.40 de 15.02.1991), que não tratam especificamente da questão da imprescritibilidade.

estudiosos e aplicadores do direito defende que a aludida regra, particularmente em relação à tortura enquanto tal, só pode ser admitida a partir da ratificação do Estatuto de Roma pelo Estado brasileiro.

Há quem diga, indo mais além, que, mesmo com a ratificação e conseqüente submissão do Estado brasileiro às regras do Estatuto de Roma, diante da ausência de regulamentação dos dispositivos da normativa internacional por lei penal interna, não se poderia admitir, até o presente momento, no exercício da atividade jurisdicional interna, a aplicação do princípio da imprescritibilidade à tortura e a outros crimes contra a humanidade²¹.

A seguir adentrar-se-á mais especificamente na seara dessa polêmica no ordenamento interno, demonstrando alguns pontos de vista conflitantes, numa tentativa de refutá-los criticamente²², propondo uma possível conformação da regra internacional da imprescritibilidade, com as disposições relativas a direitos fundamentais consagrados na Constituição Brasileira de 1988.

DA POLÊMICA DA TORTURA COMO DELITO IMPRESCRITÍVEL

No ordenamento jurídico interno, a despeito da tendência internacional caminhar em sentido completamente contrário, não há previsão legal para a imprescritibilidade do crime de tortura como crime contra a humanidade, fato que tem levado boa parte dos penalistas a defender que a prescrição dessa espécie de delito se regula pelos prazos simples definidos no art. 109 do Código Penal.

Não obstante a Constituição Brasileira já traçasse, desde 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII a previsão da tortura como crime inafiançável e insusceptível de graça ou anistia; a hipótese de imprescritibilidade foi reservada aos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem democrática (incisos XLII e XLIV do art. 5º), sendo que a tipificação²³ do crime de tortura só veio a ocorrer no ordenamento jurídico interno, de forma autônoma, em 1997, através da Lei 9.455/97²⁴.

²¹ Nesse sentido é o Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), com a participação de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, Gustavo Henrique Righi I. Badaró, Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Tarciso Del Maso Jardim.

²² No sentido *Popperiano* (Karl Popper) de refutação crítica como preenchedora das *aporias* do conhecimento.

²³ Há quem admita, contudo, que “o primeiro tipo penal incriminador da tortura foi instituído no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que em seu artigo 233 prescreve pena para quem torturar criança ou adolescente”. (STEINER & OUTROS, 2009)

²⁴ “Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constringer alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

Até então, conforme atesta o *Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) sobre a persecução penal de Crimes Internacionais* (2009), as condutas que importavam em submissão de alguém a sofrimentos físicos ou mentais eram punidas de acordo com os tipos penais comuns²⁵, são exemplos: o constrangimento ilegal, a lesão corporal, cárcere privado, abuso de autoridade, dentre outros.

A lei 9.455/97, por sua vez, procurou na definição traçada por seu art. 1º uma tipificação do crime que muito se aproxima da definição contida na Carta da ONU contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes. Assim, o Estado brasileiro procurou atender à obrigação contida no art. 15 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, no intuito de punir e sancionar o crime de tortura.

No entanto, além da tipificação do crime no direito interno ter se dado de forma tardia; para muitos, a descrição contida no tipo penal do art. 1º da lei 9.455/97, como conduta individual, não se confunde como o enquadramento da tortura como crime contra a humanidade (tal qual previsto no Estatuto de Roma como crime ocorrido de forma sistemática e generalizada). Daí porque também não se poderia admitir a aplicação do princípio internacional da imprescritibilidade para o delito de tortura.

Outro argumento adotado pelos estudiosos que se arvoram desse posicionamento é o de que, em matéria penal, a única fonte admitida pelo direito interno é a lei em sentido estrito, de modo que só seria admissível se defender a tese da imprescritibilidade da tortura, se a lei assim expressamente determinasse.

Significa dizer que, para essa parcela da doutrina, em matéria de normas de tratados internacionais, apesar da promulgação por decretos presidenciais ser suficiente para incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, no caso de crimes, não se admite a aplicação direta de seus enunciados, em face do princípio da legalidade estrita em matéria penal (*nullum crimen sine lege praevia; nullum crimen sine lege scripta; nullum crimen sine lege certa*).

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Penas - reclusão, de dois a oito anos.” (LEI 9455/1997)

²⁵ Cumpre mencionar, contudo, que em caso anterior à vigência da Lei 9455/97, “o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº.70.389-SP, em que foi apreciada a constitucionalidade do art. 233 do ECA, decidiu no sentido de que, com a promulgação das Convenções das Nações Unidas (Decreto n.40 de 15.02.1991) e Americana (Decreto 98.386 de 9.11.1989), que cuidam da repressão e punição ao crime de tortura, deveriam estas considerar-se como incorporadas no plano de direito positivo interno, e, assim serviam de subsídio para integração e interpretação da tortura”. (STEINER & OUTROS, 2009).

Em decorrência desse princípio, defendem os penalistas, os crimes necessitam ser tipificados com todas as suas circunstâncias, por lei interna, promulgada de acordo com procedimento legislativo próprio, com previsão específica, se for o caso, de regra de imprescritibilidade, já que prescrição também é matéria de direito material, e, como tal se rege pela legalidade (STEINER & OUTROS, 2009).

Em posição intermediária encontram-se duas correntes:

Aqueles que defendem que, com a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992, estando o Estado brasileiro definitivamente obrigado à punição, repressão e prevenção de atos violadores de direitos humanos, estaria também, a partir daquela data, obrigado à adoção do princípio da imprescritibilidade de crimes em relação àqueles que se constituírem como graves violações a direitos humanos.

E outros que entendem que, somente com a ratificação do Estatuto de Roma em 2002, em razão do Pacto de São José não ter definido crimes contra a humanidade, tampouco trazido previsão de imprescritibilidade, o Brasil estaria obrigado a adotar a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, e, conseqüentemente da tortura.

Tanto numa como noutra posição não seria possível (a exemplo do que ocorre com a primeira tese levantada) se desenvolver uma argumentação consistente para obrigar o Estado brasileiro a processar e punir os agentes que praticaram graves violações a direitos humanos no período da Ditadura Militar, compreendido em 1964 e 1985.

Isso porque, inexoravelmente, iria esbarrar-se nos óbices da irretroatividade da lei penal maléfica, bem como da competência *ratione temporis* da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Penal Internacional. A saída, evidentemente, não passa somente pelas disposições do Pacto de São José ou do Estatuto de Roma que têm, ainda que alguma, certa limitação temporal; mas pela tentativa de conformação constitucional do princípio da imprescritibilidade como obrigação de caráter *ius cogens*.

A tortura é crime hediondo – não é ato político nem contingência história e afeta toda a humanidade na medida em que a condição humana é violentada (BARBOSA; VANNUCHI, 2011, p.65).

Dessa forma, é inaceitável que o Brasil, como Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º da CR) compactue com a impunidade dos crimes ocorridos durante a ditadura militar.

A qualificação dos atos praticados por agentes públicos, mandantes ou executores, naquele sombrio período, como crimes contra a humanidade deve ser entendida como

suficiente para impedir a impunidade, conforme preceituam os tratados internacionais aos quais o Brasil aderiu, comprometendo-se a observar todas as suas determinações.

POR UMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICO-TELEOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 EM COMPATIBILIDADE COM A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Para que se chegue a uma solução de fundamentação teórica condizente com o paradigma de Estado Democrático de Direito, em prestígio à proteção a direitos e garantias fundamentais das vítimas das violações a direitos humanos, ocorridas durante a ditadura, é necessário se trabalhar pela conformação constitucional da regra internacional *ius cogens* da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Deve-se considerar, sobretudo, os dispositivos constitucionais que estabelecem que as normas relativas a direitos humanos têm aplicação imediata e que os direitos consagrados pela Constituição não excluem outros decorrentes de Tratados ou Convenções Internacionais²⁶. Defende-se, aqui, uma conjugação desses dispositivos com as normas internacionais que regulamentam a matéria, as quais, desde Nuremberg, já instituíam a obrigação internacional *ius cogens* dos Estados no que tange à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Defensável, ainda, que essa interação também leve em conta o dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso XLIII²⁷ (que qualifica a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia); impondo-lhe, sem espacatória, uma interpretação sistêmica e teleológica com os demais dispositivos para a proteção de direitos fundamentais.

Para tanto, impõe-se esclarecer que o Estado brasileiro se encontra vinculado aos costumes e princípios gerais de direito internacional por força da ratificação da Convenção da Haia, firmada em 1907, cujos termos foram novamente reafirmados com a posterior assinatura e ratificação da Carta das Nações Unidas, no ano de 1945.

Portanto, deve o Brasil obediência à proibição *ius cogens* dos crimes contra a humanidade, possuindo a obrigação internacional de caráter *erga omnes* de investigar e punir

²⁶ Nesse sentido: “Artigo 5º. [...] § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

²⁷ “Artigo 5º. [...]: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988)

tais delitos – independentemente de previsão do ordenamento interno a respeito da imprescritibilidade da espécie.

Nesse tocante, os princípios humanitários de direito internacional instituídos não só nos Princípios do Tribunal de Nuremberg (1950) como na Resolução 2338 (XXII) da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1967 (instrumentos que antecedem, se não todo, pelo menos parte do período Ditatorial Brasileiro) reforçam o instituto jurídico da imprescritibilidade das graves violações generalizadas a direitos humanos, impondo-o como obrigação *erga omnes* estendida a todos os Estados, independentemente da ratificação de qualquer instrumento convencional.

É com fundamento nessas premissas que se conclui que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é regra obrigatória a ser adotada na jurisdição brasileira.

Por outro lado, mesmo que pareça contestável a aludida tese por se amparar exclusivamente em normas de direito internacional - não expressamente ratificadas pelo Estado brasileiro, deve-se mencionar que a conclusão tem inegável apoio constitucional.

Diz-se isso porque, dispõem os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, conforme já dito, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; sendo automaticamente incorporados pelo sistema Constitucional, os direitos humanos e princípios a estes relativos, previstos nos tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja parte. Além disso, constitui fundamento do Estado Democrático Brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CR), como corolário dos direitos fundamentais da inviolabilidade da vida e da integridade física (art. 5º, *caput* da CR).

Certamente, tais dispositivos retratam e impõem ao Estado brasileiro, o dever de punir e reprimir todo e qualquer ato que possa importar em grave violação de direitos humanos, sobretudo aqueles que atinjam diretamente a dignidade das pessoas, como é o caso da tortura.

Em alinhamento a essa obrigação assumida pelo Estado brasileiro, há que se convir que incumbirá ao intérprete e aplicador do direito adotar uma interpretação teleológica e sistemática de todos os dispositivos constitucionais acima elencados, com destaque para a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à inviolabilidade da vida, conjuntamente com as normas internacionais esculpadas nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos, incorporadas materialmente na Constituição, por força do artigo 5º, §2º.

É preciso se trabalhar por uma interpretação da regra internacional que a conforme com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), do repúdio à tortura ou a qualquer

outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), bem como da punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI), todos inscritos na Constituição de 1988.

Nessa linha de raciocínio, também se faz primordial uma interpretação teleológica do disposto nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CR que preveem os crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem democrática como delitos imprescritíveis e inafiançáveis. Salvo melhor juízo, se o crime de racismo é dotado de imprescritibilidade ampla, não haveria razão para não se dispensar o mesmo tratamento a crimes tão graves como os de tortura, a se atentar para a importância do bem jurídico tutelado?

Conforme Joceli Scremin Rocha:

[...] à luz dos paradigmas constitucionais e internacionais, pode-se assegurar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com supedâneo no artigo 5º, §2º, confere como cláusula pétrea a imprescritibilidade processual absoluta dos crimes contra a humanidade, dispensando-se, por conseguinte, a análise das regras prescricionais, enumeradas no Código Penal e representadas no ordenamento jurídico brasileiro por lei ordinária. Insta observar que a prescrição penal, literalmente, não detém o status de garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. [...] (ROCHA, 2009, p.51)

Pelo que se vê, ao se adotar uma interpretação teleológica e sistêmica do texto constitucional em conjugação às normas²⁸ de direito internacional que consagram a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, é inadequado se compactuar com a posição daqueles que se arvoram em inadmitir a regra da imprescritibilidade no ordenamento brasileiro. Afinal, a posição desprestigia os ditames consagrados pela Constitucionalidade Democrática Brasileira.

Repita-se: ainda que o Estado brasileiro não tivesse firmado nem ratificado nenhum compromisso internacional de Direitos Humanos, bem como se as normas correlatas a estes eventualmente não estivessem incorporadas materialmente como cláusulas pétreas na Constituição (o que, frisa-se, sem sombra de dúvidas, ocorre), seria perfeitamente possível e adequada ao paradigma da constitucionalidade (processualidade) democrática, a conclusão de que a imprescritibilidade dos crimes de tortura (como crime contra a humanidade) é regra obrigatória no direito brasileiro.

Isso porque, vale repetir, o caráter *ius cogens* do princípio da imprescritibilidade desses crimes, atenta-se para o fato de que os princípios fundamentais (*fundacionais* – LEAL, 2009) da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da CR), da prevalência dos direitos

²⁸ Aqui entendidas como gênero, do qual são espécies princípios e regras.

humanos (artigo 4º, inciso II da CR), do repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III da CR), bem como da punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI da CR) são direitos líquidos, certos e plenamente exigíveis, estendidos a todas as pessoas, dentro da ótica da processualidade democrática como paradigma da Constitucionalidade Brasileira a partir de 1988.

A ADPF Nº153 VERSUS IMPRESCRITIBILIDADE DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE

Nas sessões de julgamento de 28 e 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº153 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, decidiu por maioria de votos (9 a 2) pela constitucionalidade do dispositivo do parágrafo 1º do art. 1º da Lei 6.683/1979²⁹ (Lei da Anistia); entendendo por anistiado todo e qualquer crime comum (tortura, homicídio, desaparecimento forçado, lesões corporais, estupro, abuso de autoridade, atentado violento ao pudor) praticado por agentes públicos durante o período da ditadura, conexo a crimes políticos anistiados por determinação do ar. 1º *caput*³⁰, da mesma lei.

Houve por bem o Supremo declarar a validade constitucional da expressão vaga “*crimes conexos*”, inserida propositalmente no parágrafo 1º do art. 1º da lei 6.638/1979, para anistiar (impedindo a identificação, persecução penal e punição dos criminosos) crimes comuns praticados por agentes públicos durante o período da ditadura.

Sem adentrar aos motivos que levaram ao referido Tribunal a se arvorar verdadeiro historiador e dizer que a Lei da Anistia foi fruto de um “*acordo político*”, de uma “*autêntica batalha*” que “*toda gente conhece*” (STF, 2010), e, portanto, tratar-se-ia de uma *anistia recíproca* perfeitamente compatível com a Constituição, é *mister* se dizer que, na decisão, o Supremo não só demonstrou lamentável incompreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como extrema insensibilidade para lidar com princípios; além de certo déficit ético-

²⁹ “Artigo 1º - [...] § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.” (LEI 6.638/1979)

³⁰ “Artigo 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.” (LEI 6.638/1979)

político, ao deixar de reconhecer o caráter de ruptura representado pela Constituição de 1988 em face do regime anterior (CATTONI DE OLIVEIRA; MEYER, 2011, p.282).

Salvo melhor juízo, a interpretação dada pelo STF à Lei da Anistia é incompatível com o dever internacional do Estado brasileiro de investigar e punir graves violações a direitos humanos e impossibilita o reconhecimento das vítimas e criminosos, passando longe da dimensão de *Justiça*, tal qual proposta por François Ost³¹.

A decisão do STF mantém intocadas a possibilidade de ajuste de contas com o passado e a ignorância dos fatos pretéritos, impossibilitando a restauração da memória com verdade, mediante uma reconstrução histórica autocrática, que ignora os anseios da cidadania pela construção de uma memória coletiva verdadeiramente democrática.

A ADPF nº153 permite a continuidade da impunidade das graves violações aos direitos humanos cometidas durante o período do Regime Militar, o que, aliás, já foi reconhecido e expressamente declarado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No julgamento do *caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, ocorrido em novembro de 2010 (posteriormente ao julgamento da ADPF nº153), a Corte entendeu que a forma como a Lei da Anistia Brasileira foi interpretada e aplicada viola as disposições de Direito Internacional dos Direitos Humanos ao impossibilitar que os familiares representantes pudessem ser ouvidos por um juiz.

Segundo a Corte, o Estado brasileiro teria também deixado de adequar seu direito interno como manda o art. 2º da Convenção. E mais, concluiu o Tribunal que a Lei da Anistia não poderia ter qualquer impacto nos casos de graves violações a direitos humanos, como nas situações de tortura, homicídio, desaparecimento forçado que, além disso, não poderiam se sujeitar à prescrição, dada sua característica de crimes contra a humanidade³².

Portanto, o que se vê é que o STF, na decisão da ADPF nº153 não só ignora as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro desde a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, como, quanto a direitos fundamentais previstos na ordem constitucional instaurada pós 1988, nega a titularidade destes por aqueles que foram vítimas dos crimes cometidos durante o período da ditadura militar. Quanto ao regime democrático, conforme bem asseveram Cattoni de Oliveira e Meyer (2011, p. 265), “nenhuma

³¹ Nesse sentido, ver parágrafo 3º, tópico 3, p. 9 do presente artigo.

³² “Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 65).

interpretação poderia ser mais desacertada do que aquela que enxerga um ‘acordo político’ como fundador da lei da anistia”.

Vale dizer, contudo, que ainda resta uma esperança no *fim do túnel* e essa reside justamente na possibilidade de que o STF reconsidere a decisão da ADPF nº153, com base na análise dos documentos internacionais (apontados durante todo o percurso do presente artigo) que reconhecem a imprescritibilidade das graves violações a direitos humanos como crimes contra a humanidade – questão que restou omissa³³ na análise levada a cabo pelos ministros do Supremo.

Justamente com esse intuito, o Conselho Federal da OAB opôs embargos de declaração em face da decisão da ADPF nº153, visando a que o acórdão seja modificado através da concessão de efeitos infringentes. O objetivo é que, com a reforma, a decisão do STF se adeque aos ditames internacionais que asseguram a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma de caráter *ius cogens*, bem como a impossibilidade de concessão de graça ou anistia a delitos que importam em graves violações a direitos humanos³⁴.

³³A referida omissão pode ser facilmente constatada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, leia-se: “[...]Não adentro - por desnecessária, a meu ver, para o presente debate - na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados crimes de lesa-humanidade, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais, que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se, ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas, também, à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal”. Alerta o Ministro em nota de rodapé que tais regras estariam dispostas “Dentre outros, nos seguintes documentos internacionais: Convenção de Haia, Estatuto do Tribunal de Nuremberg, Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, ratificados pelo Brasil, respectivamente, em 02 de janeiro de 1914, em 21 de setembro de 1945 e 24 de setembro de 2002.” (STF, 2010, p. 17)

³⁴ Nesse sentido, destaca-se o trecho dos embargos de declaração opostos, no qual a embargante aponta que houve omissão na decisão do STF: “Primeiro, porque a interpretação da Lei nº 6.683/79 viola princípios fundamentais do direito internacional --- **fonte autônoma do direito internacional** como declarado expressamente no art. 38, alínea c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça; não se confundindo, portanto, nem com os tratados, nem com o costume internacional. Segundo porque em 3 de fevereiro de 1946, pela Resolução nº 3, a Assembleia Geral das Nações Unidas confirmou “os princípios de direito internacional reconhecidos pela estatuto do tribunal de Nuremberg e pelo acórdão desse tribunal”. Um desses princípios foi o de qualificar como **crime contra a humanidade** os seguintes atos: “o assassinio, o extermínio, [...] e todo ato desumano, cometido contra a população civil” por autoridades estatais, o que veio a ser consolidado no Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998 (art. 7º, 1). De tal princípio resulta a consequência lógica de que tais crimes **não podem ser objeto de anistia por determinação de leis nacionais**, sendo imprescindível lembrar que a interpretação da Lei nº 6.683/79 implica em reconhecer a validade de auto-anistias criminais, o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em cinco casos, que as auto-anistias criminais são **nulas**.* 1) Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Acórdão de 27/11/1998; 2) Caso Barrios Altos vs. Perú, Acórdão de 14/03/2001; 3) Caso Barrios Altos, novo Acórdão de 03/09/2001; 4) Caso Comunidad Moiwana, Acórdão de 15/09/2005; 5) Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Acórdão de 26/09/2006. Em outras palavras, importa em admitir que as autoridades estatais, responsáveis pelo cometimento de crimes contra a população civil, **isentam-se a si próprias de toda responsabilidade criminal**, fazendo votar leis de anistia por órgãos legislativos a elas submissos. Foi exatamente o que sucedeu com a Lei nº 6.683/79, aprovada por um órgão legislativo cujos membros só podiam ser eleitos com o placet das autoridades militares, sem mencionar a existência dos chamados ‘senadores biônicos’.”(grifos no original) (STF, 2010, p. 3-4)

Há de se destacar que caso ocorra a referida modificação, o STF estará não só cumprindo as determinações da Corte Interamericana no *Caso Gomes Lund e Outros vs. Brasil*, em adequada compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como efetivamente dará vigência a normas constitucionais como as que estabelecem o devido processo legal, a isonomia, a dignidade da pessoa humana, o direito à informação, à memória e à verdade, em consonância com o disposto no arts. 3º, incisos I e IV e 5º, *caput* e inciso XXXIII da CR.

Se assim o for, poder-se-á, certamente se afirmar que STF estará adotando uma interpretação teleológico-sistemática pela conformação constitucional do princípio internacional da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade como norma de caráter *ius cogens*, tal qual foi proposta no presente reflexão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para que o projeto de democracia constitucional instaurado no Brasil pós Constituição de 1988 efetivamente se consolide, é necessário que o povo conheça toda a verdade sobre o seu passado, como forma de aprendizado, para modificar o presente e gerar/preparar um futuro de paz. É preciso “[...] *ter a possibilidade de ler a página, antes de virá-la*” (CAVALLARO, 2009, p. 55³⁵).

A presente reflexão procurou destacar essa necessidade de resgate do passado, como forma de respeito à *cultura democrática* de garantia e efetivação de direitos humanos que deve ser implementada (de forma *não-colonizada*) no pós Constituição de 1988.

Nessa perspectiva, salientou-se que o modelo transacional brasileiro ainda é insuficiente para superar o legado de violência deixado pelo regime militar, o que tem impossibilitado a reconciliação necessária à construção da história e da memória do povo brasileiro, que não se quer *colonizada* (ideologizada); o que também tem afastado a pretensão de construção de uma identidade verdadeiramente democrática.

A fim de demonstrar que o Estado brasileiro não caminha bem na adoção de um modelo transacional que se afasta do processo penal e ignora a dimensão de *Justiça* presente no dever de memória incorporado pelo Direito (*reconhecimento público da vítima e punição do criminoso*³⁶), procurou-se destacar que na ordem internacional consagrou-se, desde os

³⁵ Cf. Carta Capital, ed. 539, p.73. 1º abr. 2009.

³⁶ OST, 2005.

Princípios do Tribunal de Nuremberg, a norma de caráter *ius cogens* que obriga os Estados à imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade.

Ressaltou-se que, ainda que o Brasil não tivesse ratificado nenhum instrumento internacional que estabelecesse a regra de forma expressa, estaria obrigado ao cumprimento da norma que se coaduna com todos os princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.

Para se chegar à conclusão de que a regra da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é norma constitucional (ainda que não expressa), levantou-se os principais argumentos utilizados pelos estudiosos, particularmente aqueles ligados ao Direito Penal e Processual, para rechaçar a aplicação do citado princípio na jurisdição brasileira. Isso foi necessário para que fosse demonstrado que, apesar de todos os óbices impostos pela doutrina no que tange à legalidade, irretroatividade, anterioridade da lei às graves violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura, os crimes praticados naquele período procedem à instituição da norma internacional *ius cogens* que obriga os Estados (signatários da Convenção da Haia, como é o caso do Brasil) à adoção da regra imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Procurou-se também defender que a citada regra é perfeitamente compatível com as disposições constitucionais brasileiras que pugnam pela incessante proteção e eficácia imediata dos direitos humanos, como também prestigiam as obrigações internacionais expressamente assumidas pelo Estado brasileiro, após a ratificação do Pacto de São José da Costa Rica e do Estatuto de Roma.

Por derradeiro, destacou-se que a despeito da proposta apresentada pela presente reflexão no sentido de que não só a tortura, como todo e qualquer crime praticado durante o Regime Militar que se enquadre na categoria de crimes contra a humanidade deve ser considerado imprescritível (independentemente de previsão no ordenamento interno), a decisão tomada no STF no julgamento da ADPF nº153, impede e nega vigência à citada obrigação, impedindo a identificação, persecução penal e punição dos agentes executores de tais delitos.

Apesar disso, inferiu-se que malgrado a decisão impeça, por ora, a concretização da proposta, ainda resta um *fio de esperança*. Isso porque, o acórdão que julgou a ADPF nº153 ainda pende de julgamento de embargos de declaração, nos quais se pretende que o STF não só cumpra a obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro (satisfazendo o que foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e Outros*), como reconheça o caráter de ruptura representado pela Constituição de 1988, em proclamação

e efetiva instauração de uma *cultura democrática* de proteção aos direitos humanos, atentando-se à necessidade de se completar efetivamente a transição da política brasileira ao regime democrático.

Por fim, merece destaque o fato de que diante do modelo constitucional de processo instituído pós Constituição de 1988, regido pelo princípio da expansividade, é cada vez mais forte a tendência à constitucionalização das ciências jurídico-penais, especialmente por limitarem e condicionarem formal e materialmente o exercício do *jus puniendi* do Estado. Nessa tangente, como se viu, verifica-se que o instituto jurídico da prescrição penal, é questão que ainda não alcança consenso entre os operadores do Direito (ROCHA, 2009, p. 62).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues; VANNUCHI, Paulo. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). **Memória e verdade**: a justiça de transição no estado democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. LEI 6.683 DE 28 DE AGOSTO DE 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. LEI 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. LEI 9.455 DE 07 DE ABRIL DE 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. LEI 12.528 DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm. Acesso em: 28.06.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF Nº153/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>. Acesso em 05.06.2012.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS nº.70.389/SP. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo:STF%20HC%2070.389%20SP&s=jurisprudencia>. Acesso em 05.06.2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso Neder. Anistia, História Constitucional e Direitos Humanos: O Brasil entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; ALVES, Adamo Dias (coords.). **Constitucionalismo e História do Direito**. Belo Horizonte: Pergamum, 2011.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (IDH). Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 05.06.2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Sentença de 04 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em 28.06.2012.

ESTATUTO DE ROMA. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf. Acesso em 05.06.2012.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se pode punir nem perdoar**. Tradução: Odile Jacob. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

ICTJ. Dicionário Internacional de Direitos Humanos. **Qué es la justicia transaccional?** Disponível em: <http://www.ictj.org/es/tj/>. Acesso em 05.05.2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos Processuais e Constituição Democrática. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARANHÃO, Bernardo Costa Couto; PEREIRA, Mateus Henrique de Faria. Memória e Justiça nas Transições Políticas: Contribuições de Paul Ricoeur. *In*: **(In)Justiça nas Transições Políticas**. Revista do Instituto do Instituto de Hermenêutica / Instituto de Hermenêutica Jurídica. – Vol. 8, n.8, (2010) -. Belo Horizonte: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003.

MÉNDEZ, Juan; COVELLI, Tatiana Rincón. Parecer Técnico sobre a Natureza dos Crimes de Lesa-Humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e proibição de Anistias. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEZAROBBA, Glenda. O que é Justiça de Transição? Uma análise do conceito a partir do caso brasileiro. *In*: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Memória e Verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

OS DEZ PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE NUREMBERG. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Nuremberg#Os_dez_princ.C3.ADpios_do_C.C3.B3digo_de_Nuremberg. Acesso em 04.06.2012.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Tradução: Élcio Fernandes, revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo; BADARÓ, Gustavo Henrique Righ; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; JARDIM, Tarciso Del Maso. Crimes Internacionais – Persecução Penal. *In*: **Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)**, 2009. Disponível em: www.ibccrim.org.br/desenv/site/boletim/_imprime.php?id...218. Acesso em 22.06.2012.

RICOUER, Paul. **A Memória, a História, o Esquecimento**. Tradução: Alain François. Campinas: Editora Unicamp, 2007.

RICOUER, Paul. **Sanction, réhabilitaion, pardon**. *In*: Le Juste. Paris: Éspirit, 1995.

ROCHA, Joceli Scremin. A conformação constitucional dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. *In*: **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v.21, n.11, nov.2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. . *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Constituição e Processo: A Contribuição do Processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Justiça de Transição. Documento criado em 07 de abril 2010. **Dicionário Internacional de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justi%C3%A7a+de+transi%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 29.03.2012.