



SEGURANÇA JURÍDICA, INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E ANISTIA

Luciano de Araujo Migliavacca¹, Raquel Tomé Soveral²

¹ Universidade Estácio de Sá - UNESA/Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.
lucmig@imed.edu.br

² Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil.
raq_tome@hotmail.com

Resumo – O presente artigo aborda a relação estabelecida entre a segurança jurídica expressa no Direito Penal por meio do princípio da legalidade e o conflito decorrente da internacionalização do direito penal. Analisa-se, ante uma visão crítica acerca da segurança jurídica, os institutos relacionados de modo a apontar solução ao aparente conflito advindo. Busca-se, mediante uma revisão bibliográfica, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, analisar a viabilidade do Direito Penal Internacional em promover a persecução penal de delitos que foram objeto de anistia pelo ordenamento jurídico interno, sobretudo pela Lei nº 6.683, de 1979. Adquire relevância o tema a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei de Anistia e o decorrente questionamento acerca da segurança jurídica em face do não reconhecimento da anistia ou prescrição a crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Palavras-chave: Segurança jurídica. Anistia. Direito Penal Internacional.

Abstract - This article discusses the relationship between legal certainty expressed in the criminal law through the principle of legality and the conflict arising from the internationalization of criminal law. It is analyzed, before a critical view of legal certainty, the institutes related to indicate solution to the apparent conflict arising. It searches, through a literature review, using the hipotetical-dedutive method, analyze the viability of international criminal law to promote the prosecution of offenses which were the subject of amnesty by domestic law, particularly the Law No. 6683, 1979. The theme acquires relevance from the positioning the Supreme Court about the Amnesty Law and the resulting questioning of the legal certainty in the face of denial of amnesty or prescription of genocide crimes, crimes against humanity and war crimes.

Keywords: Legal certainty. Amnesty. International Criminal Law.

Introdução

Tema fundante para o ordenamento jurídico, a segurança jurídica adquire contorno especial no Direito Penal em face do princípio da legalidade, denotando a ideia de previsibilidade em relação às condutas do cidadão e a garantia de respeito às liberdades individuais diante do Estado.

A estabilidade nas relações dos indivíduos entre si e em relação ao Estado encontram no Direito Penal a definição dos valores fundamentais erigidos por determinada comunidade, estabelecendo por conseguinte a ideia de coerção para manutenção dos referidos bens jurídicos.

Ao mesmo tempo que a ordem interna estabelece uma reação à violação à conduta pretendida, de modo a antever uma coerência, estabilidade e confiabilidade, permite a incorporação de norma internacional de natureza penal.

Diante de tal aspecto, revela-se oportuno analisar a viabilidade do Direito Penal Internacional promover a persecução penal de delitos que foram objeto de anistia pelo ordenamento jurídico interno, sobretudo pela Lei nº 6.683, de 1979.

Adquire relevância o tema a partir do posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da Lei de Anistia e o decorrente questionamento acerca da segurança jurídica em face do não reconhecimento da anistia ou prescrição a crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

Estabelece-se, a partir daí, aparente conflito entre a Lei de Anistia e a persecução penal por meio do Direito Internacional.

1. (In)Definição de segurança jurídica

A segurança jurídica, apesar de representar tema de extrema relevância e fundante para o ordenamento jurídico, não encontra no ordenamento jurídico brasileiro uma definição explícita acerca dos seus caracteres de modo que se possa invocá-la de modo efetivo quando necessário.

É preciso, portanto, buscar na doutrina e na legislação internacional

elementos que possam contribuir para a compreensão de tal instituto, de modo a definir seu alcance e seus.

Radbruch identifica a segurança jurídica, ao lado do bem comum e a justiça, como um aspecto essencial do Direito, reconhecendo-a como valor que o direito deve seguir: “Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada” (1974, p. 417).

Cabe, assim, à doutrina o papel de definir “segurança jurídica”, o que, segundo Humberto Ávila (2011, p. 73), vem sendo feito de forma parcial e vaga, sem uma análise aprofundada de todas as suas faces, reduzindo o conceito a apenas alguns de seus elementos.

José Souto Maior Borges, corroborando tal ideia, destaca o problema conceitual acerca da segurança jurídica, o qual entende como de difícil solução considerando que o

sistema constitucional é um elenco de garantias, direitos, prerrogativas relacionadas com a segurança jurídica, e o princípio da segurança jurídica permeia o sistema todo, informando as normas constitucionais que normalmente são indicadas pela doutrina como normas relativas à segurança jurídica. Pois bem: o grau de indeterminação da segurança jurídica é precisamente decorrente da sua generalidade. Quanto mais geral é o âmbito de validade das normas, princípios e normas, menos determinação conceitual elas têm. Seja onde for que se examine a Constituição Federal, ali onde parar a nossa análise, a nossa atenção, a nossa meditação, estará presente o princípio da segurança jurídica. Tudo é um sistema de garantias relacionado com a segurança jurídica. (p. 75, 2005)

Apesar da variedade conceitual, inclusive no direito comparado, a segurança jurídica traz em seu âmago a ideia de estabilidade das relações o que, aparentemente, conflitua com a dinâmica da evolução do Direito, o que é apontado por Gilmar Mendes com grande desafio em conciliar a “segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito” e “a possibilidade e necessidade de mudança” (2012, p. 403).

Canotilho, por sua vez, ressalta que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida”, razão

pela qual estabelece que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do estado de Direito (2003, p. 257).

Prossegue o autor afirmando que

A segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos de actos dos poderes públicos (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Enfocando o carácter subjectivo, Marin, reconhece a segurança jurídica como um valor teleológico que suporta duas vias: a segurança dos cidadãos nas suas relações e a outra, nas suas relações frente ao poder estatal. Nessa linha destaca a segurança jurídica em três conceitos diferentes: “como "principio" general inspirador del ordenamiento jurídico; como seguridad personal; como certeza y previsibilidad" (MARÍN, 2012, p. 75-80).

Destaca-se que a segurança jurídica assim como a legalidade são “conquistas políticas” de la modernidad y un cambio en la primera, que es el fundamento, implica una mutación en la segunda que, es su consecuencia." (MARÍN, 2012, P. 80)

Denota-se aqui o positivismo assumindo papel de destaque na medida em que se relaciona a segurança jurídica ao princípio da legalidade. A lei passa a revestir a segurança jurídica no tocante à previsibilidade das condutas exigidas.

Ferrajoli relaciona a segurança / certeza com a previsibilidade ao referir que "un diritto è «certo nella misura in cui i suoi interventi sono prevedibili; e sono prevedibili solo quelli motivati da argomenti cognitivi di cui sia decidibile processualmente [...] la 'verità formale'". (1989, 81-82).

A previsibilidade na definição de segurança jurídica encontra no Direito Penal a sua expressão tendo em vista que se de um lado o Estado se torna responsável pela manutenção da ordem e da paz social por meio da coerção, as sanções decorrentes do descumprimento das normas somente poderão ser aplicáveis quando expressamente previstas.

Nesse ponto, Stinchcombe ressalta, em análise à afirmação de Max Weber

acerca da essencialidade da segurança jurídica para o capitalismo, a realização da coerção para reforçar a lei civil a fim de assegurar a propriedade e o valor do dinheiro (1999, p. 209)

Consoante uma definição mais abrangente da segurança jurídica, reconhece-se a existência de facetas poliédricas, podendo a mesma se manifestar “de acordo com o ponto de vista que se adote, como um princípio, um subprincípio, um sobreprincípio, um valor, uma regra concretizadora, um direito subjetivo reflexo ou um fato, além de ter uma dimensão estática e uma dimensão dinâmica” (LEAL, 2013, p. 58).

Sob o ponto de vista da certeza, Reale reconhece a relação intrínseca e indissociável com a segurança jurídica:

[...] se é verdade que quanto mais o direito se torna certo, mais gera condições de segurança, também é necessário não esquecer que a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta” (1994, p. 86).

Como valor, tal como previsto no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988¹ assim como no artigo 5º do referido diploma, tem-se que a ideia de segurança jurídica encontra-se arraigada na ideia de Estado de Direito de modo que nesse ponto a doutrina, sem maior controvérsia, “tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.” (SARLET, 2005, p. 325).

A segurança jurídica como valor / princípio resta igualmente identificada por Perez Luño, em referência à Constituição Espanhola:

¹ "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a Segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias"

Nuestro sistema constitucional se hace eco de esa subjetivación de la seguridad jurídica. Por eso, tras consagrar su reconocimiento como valor (Preámbulo) y como principio informador del ordenamiento jurídico (art. 9.3), la consagra como um aspecto integrador, garantía de inmunidad, del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1). Asimismo, nuestra Ley de leyes invoca expresamente a la seguridad como fin específico del compromiso de tutela de los consumidores y usuarios, a través de procedimientos eficaces, que incumbe a los poderes públicos (art. 51.1)(1990, p. 334)

A partir do que foi abordado, reconhece-se no conceito formulado por Humberto Ávila a contemplação dos itens relacionados anteriormente, tomando-se, por conseguinte como satisfatório para a compreensão da segurança jurídica:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma 'norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.(2012, p. 682)

Compreende-se que a segurança jurídica não pode ser concebida apenas por um de seus elementos ou um de seus instrumentos realizadores (coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido), mas, sim como um conceito complexo e multifacetado. Nesse ponto, reconhece-se a manifestação da segurança jurídica no Direito Penal, tanto para reforçar a ideia de coerção quanto na sua aplicação com base no princípio da legalidade.

A relação entre a segurança jurídica e o Direito Penal resta explicitada intrínseca e extrinsecamente, indicando os valores fundamentais de uma sociedade, como se abordará a seguir.

3 Direito penal, princípio da legalidade e segurança jurídica

Atento ao fato de que o Direito Penal tem como função a proteção dos bens

jurídicos, serve o mesmo como meio hábil à manutenção da segurança jurídica e se revela, ao mesmo tempo, como expressão de sua aplicação. Como referido por Sancinetti, o Direito Penal indica de modo direto os valores fundamentais de uma comunidade, ou ao menos deveria (2005, p. 45).

O Direito Penal

pode ser conceituado sob duas vertentes: a dinâmica e a estática. Para a primeira, o Direito Penal é o mais intenso mecanismo de controle social formal, por intermédio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo, castiga com sanções negativas de particular gravidade as condutas desviadas mais nocivas para a convivência, objetivando, desse modo, a necessária disciplina social e a correta socialização dos membros do grupo. Sob a vertente estática, considera-se Direito Penal como sendo o conjunto de normas jurídico-públicas que definem certas condutas como delito e associam às mesmas penas e medidas de segurança, além de prever outras consequências jurídicas (SOUZA; JAPIASSU, 2011, P. 3-4).

Como explicitado por Jescheck

o Direito Penal não pode intervir perante qualquer perturbação da vida comunitária, mas somente deve limitar-se à proteção dos valores fundamentais da ordem social. O Direito Penal tem encomendada a missão de proteger bens jurídicos (1981, p. 9-10)

O conceito de Direito Penal possui, segundo Sancinetti, três pontos de destaque: 1) a norma penal como proteção de bens jurídicos (escudo consoante a lição de Jakobs onde se reconhece o objeto de proteção do direito penal: "bens jurídicos ou a vigência da norma"); 2) princípio da lesividade (associado ao princípio da reserva - âmbito livre de ingerência estatal reservado à moral particular" - dano externo como base da responsabilidade penal); 3) o conflito originário do direito penal pertence à vítima. Nessa análise, "se a lei informa quais são as expectativas da conduta de uma comunidade, quais são os seus valores, então, cada comunidade deve velar por manter estáveis suas normas penais. Não reformá-las constantemente" (SANCINETTI, 2005, p. 65)

A "constância" das normas penais representa aspecto da segurança jurídica, a qual Zaffaroni encara como um conceito complexo, já que contém um significado

objetivo (consistente na efetiva garantia de bens jurídicos) e subjetivo (consistente no "sentimento" de segurança jurídica; ou seja, na certeza desta disponibilidade de disposição). Compreende-se, assim, que o delito afeta duplamente a segurança jurídica: como afetação de bens jurídicos, lesiona seu aspecto objetivo; como "alarma social" lesiona seu aspecto subjetivo (1987, p.49-50),

Expressão da segurança jurídica, o Direito Penal estabelece uma reação à infração de uma conduta esperada na ordem jurídica de modo a preservar os bens jurídicos estabelecidos. A coerção serve, nesse aspecto, como meio de manutenção da segurança jurídica. Nesse ponto, "si se quiere que exista una norma de conducta, tiene que seguir una reacción contra su infracción" (SANCINETTI, 2005, p. 55).

No tocante à segurança jurídica em relação ao direito penal, verifica-se que o princípio da legalidade assume função fundamental na ideia de uma razão que harmonize todas as pessoas, na exclusão da arbitrariedade estatal, na inviolabilidade da liberdade de toda pessoa, e na exigência de dar segurança e certeza ao direito. (JESCHECK, 1993, P. 117)

Destaca-se que a relação entre a segurança jurídica e o princípio da legalidade afirmando-se que "El principio de seguridad jurídica se encuentra intimamente relacionado con el principio de legalidade, en tal forma que si no existe uno es imposible la existencia del otro" (VERA, 1999, p 95).

A importância da segurança jurídica como valor encontra no princípio da legalidade a certeza ou previsibilidade da vida jurídica como afirma Ribó Duran:

La seguridad es otro de los valores de gran consideración, por cierto, de importancia básica porque la certeza de saber a que atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente a de ser mantenido aún mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo em buena medida cuál será la marcha de su vida jurídica" (1991, p, 210).

De acordo com o princípio "nullum crimem, nulla poena, sine lege" – idealizado por Feuerbach no começo do século XIX, reconhece-se a necessidade de proteção e de garantia ao cidadão frente à potestade punitiva, "uma meta possível de ser atingida com uma limitação do poder de aplicar e de executar a lei penal. Em suma, de proteção e de garantia dos direitos fundamentais da pessoa." (GIACOMOLLI, 2007, p. 155)

Segundo Welzel, "el verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena* no proviene de la analogia, sino de la indeterminación de las leyes penales" (apud BACIGALUPO, 2005, 18)

A garantia substancial ou material que implica em uma predeterminação normativa resta consagrada na expressão *lex praevia, scripta, stricta, e certa* de modo que somente a lei penal incriminadora anterior (de onde extrai-se a irretroatividade) e escrita (taxativa), sem a possibilidade de aplicação de analogia ou costumes, pode ser aplicada.

Tal princípio resta consagrado na Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, que prescreve que: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", assim como no Código Penal brasileiro em seu artigo 1º, o qual endossa a norma constitucional: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal."

A reprovação social da conduta do agente encontra no princípio da legalidade a possibilidade de aplicação de pena quando e se estabelecida previamente pelo ordenamento jurídico

A previsibilidade da reação estatal denota a ideia da segurança jurídica reconhecendo-se que

O princípio da legalidade responde ao pensamento fundamental de que, face ao caráter sumamente intenso da reação penal sobre a esfera de direitos do indivíduo, devido ao fato de ser a sanção penal o ápice do arsenal punitivo do Estado, sua imposição deverá estar legitimada democraticamente, não fundada apenas uma lei, mas construída sobre um alicerce de sua aceitação popular (LOPES, 1994, p. 55).

O Direito Penal tem no princípio da legalidade a expressão da segurança jurídica visto que informa, ao mesmo tempo, os valores que precisam ser respeitados no âmbito social bem como estabelece a previsão que ninguém sofrerá por parte do Estado sanção sem que exista lei que a preveja.

Apesar de representar proteção e garantia dos direitos fundamentais da pessoa frente a uma possível potestade punitiva do Estado, estando afeta ao direito interno, há previsão do princípio da legalidade na esfera internacional como reconhecido "na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Convênio

Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966” (GIACOMOLLI, 2007, 155)

Da mesma forma que cabe ao Direito Penal interno estabelecer as condutas puníveis caso haja infração da norma que prevê os valores fundamentais de uma determinada sociedade, revela-se possível que o mesmo ordenamento estabeleça as hipóteses de anistia de certas condutas delituosas, cabendo, a partir daí, verificar a situação decorrente do não reconhecimento da anistia por parte do Direito Internacional.

4 Direito Internacional, persecução penal e anistia.

Anistia, segundo o que ensinam Souza e Japiassu, é o esquecimento do crime, ou seja, o ato de vontade da lei que retira a punição de certos fatos que, antes, eram considerados delituosos. (2011, P. 548). O termo anistia deriva do grego *amnestía*, que significa esquecimento.

Decorre de ato do poder legislativo pelo qual se extinguem as consequências de um fato que em tese seria punível e, como resultado, qualquer processo sobre ele.

Segundo Japiassu

No ordenamento jurídico brasileiro, a anistia consiste em uma causa de extinção da punibilidade, conforme disposição do Artigo 107, II, do Código Penal. À União, por motivos de política criminal, compete a concessão de anistia (Artigo 21, XVII, da Constituição Federal), que é tradicionalmente destinada aos crimes políticos. Opera efeitos *ex tunc*, isto é, retroativos, apagando o crime e extinguindo os efeitos penais da sentença. Nota-se, portanto, que a concessão de anistia trata-se de uma decisão própria do Estado, baseada em seu poder discricionário, tendo em vista as circunstâncias que envolvem o crime (2005, p. 126) .

Conforme exposto anteriormente, o Direito Penal estabelece os valores fundamentais de uma determinada sociedade, sendo possível, por conseguinte, que determine da mesma forma a retirada da punição de certos fatos delituosos a exemplo do que ocorreu com a Lei nº 6.683/1979.

A Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979, concedeu anistia àqueles que no

período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, tivessem cometido

crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.²

Estabeleceu ainda, no parágrafo primeiro do referido artigo, que seriam considerados conexos “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, gozando assim de igual benefício os infratores de tais crimes conexos.

No tocante à lei da anistia, refere Nucci que Anistia:

é a declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornam impuníveis por motivo de utilidade social. O instituto da anistia volta-se a fatos, e não a pessoas. Como ilustração, mencionemos a Lei 6.683/79, concessiva da mais ampla anistia que o Brasil experimentou nas últimas décadas (2010, p. 554).

A anistia tem sido vista sob dois ângulos antagônicos pelo Direito Internacional Penal. Primeiro, ela favoreceria a reconciliação nacional e a manutenção da paz, especialmente após conflitos ou regimes autoritários internos, porém serviria, de outro ponto de vista, para assegurar a impunidade daqueles que cometeram os delitos (JARDIM, 2010, p. 12)

O tema é objeto de acirrado debate entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, atento ao conflito de jurisdição envolvendo a validade jurídica da Lei de Anistia como forma de evitar a responsabilização penal dos perpetradores das violações de direitos humanos.

Extrai-se de tal debate, a decisão do STF julgando improcedente a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, onde restou definida a validade de tal norma, impedindo, por conseguinte a responsabilização penal dos militares, tendo o Relator Ministro Eros Grau referido, em seu voto, que o texto da Lei foi, inclusive, acolhido (reproduzido) pelo texto constitucional:

² Artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 .

a anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Não que a anistia que aproveita a todos já não seja mais a da lei de 1979, porém a do artigo 4º, § 1º da EC 26/85. Mas estão todos como que [re]anistiados pela emenda, que abrange inclusive os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. Por isso não tem sentido questionar se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2011).

Finaliza o voto reproduzindo trecho do parecer proferido na ADI n. 4077, na qual é questionada a constitucionalidade das Leis nºs. 8.159/91 e 11.111/05:

Se esse Supremo Tribunal Federal reconhecer a legitimidade da Lei da Anistia e, no mesmo compasso, afirmar a possibilidade de acesso aos documentos históricos como forma de exercício do direito fundamental à verdade, o Brasil certamente estará em condições de, atento às lições do passado, prosseguir na construção madura do futuro democrático (BRASIL, 2010).

Tal decisão, entretanto, vai de encontro à posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao julgar o Caso Gomes Lund e Outro (“Guerrilha do Araguaia”) x Brasil, posicionou-se afirmando que as disposições da Lei de anistia impossibilitam a investigação e punição dos agentes violadores de direitos humanos, determinando a condução de investigação penal a fim de apurar e “determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”.

Tal posição, conforme já referido anteriormente, encontra respaldo do Alto Comissariado da ONU que pugna pela revogação da Lei de Anistia, na tentativa de que, com a Comissão da Verdade e a elucidação dos fatos ocorridos durante o período da Ditadura Militar, haja a apuração e responsabilização penal daqueles que cometeram atos violadores de direitos humanos.

Da mesma forma, verifica-se que o Tribunal Penal Internacional não reconhece os processos de anistia mesmo que representem instrumentos para possibilitar acordos nacionais em casos de comoção interna, sendo que

A manutenção da jurisdição do Tribunal nesses casos, intervindo na persecução penal apesar de haver um consenso nacional em contrário, pode vir a suscitar uma série de questionamentos acerca da compatibilidade do Estatuto de Roma com o ordenamento jurídico brasileiro.(JAPIASSU, 2004, p. 172)

Nesse contexto, exsurge a discussão acerca da jurisdição do Direito Penal Internacional tem como exemplos a atribuição do Tribunal penal Internacional bem como a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos sopesando-se o fato de que o Brasil ter reconhecido tal competência em 10 de dezembro de 1998³, indicando

que o Tribunal teria competência para os *atos posteriores* a esse reconhecimento, dando vezo ao entendimento de que, com base no princípio de irretroatividade, a Corte não poderia exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar a violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, fossem anteriores aquele reconhecimento (LEAL, P. 86).

No tocante ao Tribunal Penal Internacional e o não reconhecimento da concessão da anistia, Carlos Eduardo Adriano Japiassu e Alessandra Rosa Adriano, afirmam que “ a implementação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância”, estando o Estado brasileiro impedido de realizar a anistia em relação aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, tipificados internamente pelo Anteprojeto de lei de Implementação do Estatuto de Roma (2005, p. 127),

Ainda, outra questão que vem à tona com o esclarecimento dos fatos e circunstâncias dos casos graves de violações de direito humanos (torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria)⁴, uma vez

³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm Acesso em 10 de dezembro de 2011.

⁴ Artigo 3º, incisos I e II, da Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.

reconhecida a invalidade da anistia, é a prescritibilidade de tais delitos, vez que segundo o ordenamento pátrio não estabelece tais crimes como imprescritíveis ao passo que o Direito Internacional, erigindo-os como crimes contra a Humanidade, reconhece a imprescritibilidade de tais figuras delituosas⁵.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, concebendo os crimes praticados durante o período ditatorial como contra a Humanidade, entende ser possível a apuração e responsabilização penal dos infratores uma vez que, dada a qualidade de tais delitos, seriam insuscetíveis de anistia ou prescrição.

No mesmo sentido, segundo o artigo 29 do Estatuto de Roma os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e os crimes de guerra são imprescritíveis. Apesar de a regra no ordenamento jurídico brasileiro ser o da prescritibilidade das infrações penais, não é a mesma absoluta assim como não merece acolhida a regra hermenêutica da “*inclusio unis alterius est exclusio*” de forma irrestrita em relação ao artigo 5º, XLII e XLIV, da Constituição Federal⁶ (JAPIASSU; ADRIANO, 2005, p. 122).

Nesse ponto, Baltasar Garzón, juiz espanhol conhecido por ter decretado em 1998 a prisão do ditador chileno Augusto Pinochet, defende a punição penal aos crimes contra a humanidade cometidos durante o período da ditadura brasileira:

Quando se trata de crimes contra a humanidade, entendo que não é possível a anistia e que a prescrição também não é possível. Há a primazia do direito penal internacional sobre o direito local sempre quando o país que estamos falando faz parte do sistema internacional de Justiça, como o caso do Brasil.⁷

Em uma análise pormenorizada sobre o tema, Marlon Alberto Weichert e, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero concluem que:

⁵ Artigo 7.º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 Diário da República n.º 15, Série I-A de Janeiro de 2002. http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm Acesso em 05 de dezembro de 2011.

⁶ que prevê “a imprescritibilidade dos crimes de prática de racismo e de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”

⁷ http://uol.amaivos.com.br/amaivos09/noticia/noticia.asp?cod_noticia=10849&cod_canal=38

a tese da anistia aos agentes públicos que praticaram graves violações aos direitos humanos durante a ditadura militar, não resiste: (a) à interpretação técnica do próprio conteúdo da lei; (b) ao crivo da constitucionalidade material, seja em relação à Constituição de 1946, à Emenda Constitucional de 1969 ou à Constituição de 1988; e (c) ao regime constitucional de aplicação do direito internacional dos direitos humanos, especialmente as normas imperativas relativas aos crimes contra a humanidade e à vedação de autoanistia. (2011)

De outro lado, sustentando a aplicação do direito interno, arguem que a validade da norma internacional, mesmo em direitos humanos, não pode sobrepor-se à Carta Magna, a qual estabelece que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu⁸ – princípio este aplicável ao caso considerando que a tortura somente veio a ser tipificada pela Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997, destacando-se, ainda, que o crime de tortura não é imprescritível consoante o texto constitucional, mas apenas inafiançável e insuscetível de graça ou anistia⁹ (não tendo, obviamente, tal dispositivo o condão de revogar a Lei de Anistia).

Consoante o entendimento acerca da supremacia do ordenamento jurídico pátrio, seria válida a Lei da Anistia, posição esta (validade) confortada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento da ADPF nº 153.

Reforça tal posição a ideia de segurança jurídica decorrente da anistia de delitos, de modo a preservar o próprio princípio da não retroatividade, decorrente do princípio da legalidade.

Por outro lado, pelo viés do direito internacional a anistia representaria um mecanismo de impunidade razão pela qual instituições regionais de direitos humanos não reconhecem como válidas as leis de anistia para responsáveis por violações graves aos direitos humanos (JARDIM, 2010, p. 13).

Segundo Genuino, o Brasil deve, na condição de signatário do Tribunal Penal Internacional, se sujeitar as suas normas, submetendo-se a decisão interna a uma nova avaliação por tal corte em razão de se tratar de matéria que envolve direito humanos (2011, p. 5).

Em face do exposto, revela-se necessário ajustar o ordenamento jurídico interno à norma internacional sobretudo pela incorporação desta, sem qualquer

⁸ Artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

⁹ Artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal.

ressalva ou restrição, cabendo a reavaliação da Lei da Anistia pelo viés do Direito Penal Internacional.

Considera-se preservada a ideia de segurança jurídica pela previsibilidade decorrente da incorporação da norma internacional no direito interno como ato de soberania, mesmo que tal norma venha a repercutir no não reconhecimento da anistia concedida pelo direito interno.

Decorre do princípio da legalidade a ideia de que a segurança jurídica se manifesta pela observância da norma internacional, até mesmo por opção do Estado em reconhecer o valor inerente a mesma.

5 Considerações finais

A segurança jurídica encontra-se relacionada com a garantia de estabilidade jurídica e a ideia de previsibilidade/ certeza das relações sociais e do cidadão para com o Estado.

No tocante à previsibilidade, a segurança jurídica encontra no Direito Penal sua expressão através do princípio da legalidade, segundo o qual “nullum crimem, nulla poena, sine lege”, tendo na coerção um meio para manutenção daquela.

Nesse aspecto, revela-se indissociável a questão afeta à segurança jurídica e o princípio da legalidade, atento à função do Direito Penal indicar e proteger os bens jurídicos fundamentais de uma comunidade.

A previsibilidade reforça a determinação de que ninguém sofrerá por parte do Estado sanção sem que exista lei que a preveja, o que assegura a ideia de estabilidade das relações.

Inobstante a garantia e proteção de direitos fundamentais frente a uma possível potestade punitiva do Estado, revela-se a mesma afeta ao direito interno, o que permite, igualmente, que se estabeleça as hipóteses de anistia de certas condutas delituosas.

A anistia, nesse ponto, pode ser encarada pelo Direito Internacional Penal sob dois aspectos, sendo que seria passível de promover a reconciliação nacional e a manutenção da paz, especialmente após conflitos ou regimes autoritários internos, mas ao mesmo poderia ensejar, sob outro viés, a impunidade, o que faz com que as

instituições internacionais relacionadas aos direito humanos não reconheçam como válidas as lei de anistia para as violações graves aos direitos humanos.

Resolve-se o aparente conflito pela incorporação da norma internacional decorrente de ato de soberania ainda que aquela implique no não reconhecimento da anistia, sem que isso represente qualquer mácula à ideia da segurança jurídica eis que a mesma resta assegurada.

A opção do Estado em reconhecer o valor inerente à norma internacional implica estender a garantia de previsibilidade, contemplando a necessária segurança jurídica.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros, 2012.

BACIGALUPO, Enrique. **Sobre la Justicia y la seguridad jurídica em el Derecho Penal.** In: Derecho Penal y Estado de Derecho> libro homenaje al professor Ramón C. Leguizamón / Eugenio Raúl Zaffaroni... [et al.]; compilado por Gonzalo Xavier Molina. 1ª. ed. Resistencia: Libreria de la Paz, 2005

BORGES, Jorge Souto Maior. **A concorrência entre os sistemas tributários do ponto de vista da segurança jurídica e da proteção da confiança.** In: revista Internacional de Direito Tributário. p. 77-78. jul./dez 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011.** Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12528.htm Acesso em 20 maio 2014.

BRASIL. **Lei nº 6.683, de 19 de dezembro de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153** - DISTRITO FEDERAL, RELATOR : MIN. EROS GRAU; argüente CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – OAB, publicada no DJe no dia 06 de agosto de 2010. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf> Acesso em 20 maio 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL**, SENTENÇA DE 24 DE NOVEMBRO DE 2010, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf Acesso em Acesso em 20 maio 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL (TPI) Decreto do Presidente da República n.º 2/2002 Diário da República n.º 15, Série I-A de Janeiro de 2002. Disponível em http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/TPI/Estatuto_Tribunal_Penal_Internacional.htm Acesso em Acesso em 20 maio 2014.

FERRAJOLI, L. 1989. **Diritto e ragione**. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza.

GENUINO, Adejunior. **A Aplicação da Jurisdição Complementar do Tribunal Penal Internacional diante da Decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a Lei de Anistia**. In: ANAIS DO ENCONTRO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 1 (2011). Disponível em: <http://periodicos.uems.br/novo/index.php/encontrointernacional/article/view/2478> Acesso em: 19 de maio de 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José, **O princípio da legalidade como limite do *ius puniendi* e proteção dos direitos fundamentais**. In: Direito penal em tempos de crise. Org. Lênio Luiz Streck; [et. al.]. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano; ADRIANO, Alessandra Rosa. **O Tribunal Penal Internacional: dificuldades para sua implementação no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Cândido mendes. Vol. 10. Rio de Janeiro, 2005, pp, 107-128.

_____. **O Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

JARDIM, Tarcisio Dal Maso. **Dinamismo do Direito Internacional Penal após o estatuto de Roma: DaSudan Room à situação em Darfur, Sudão**. Textos para discussão n° 68. Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal. Brasília, 2010. Disponível em http://www.senado.gov.br/conleg/textos_discussao.htm Acesso em: 10 de maio de 2014.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. Tradução de Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981. V. 1.

LEAL, Augusto Cesar de Carvalho. **A decisão judicial como centro de gravidade do princípio da segurança jurídica: os precedentes judiciais vinculantes como instrumento eficaz de promoção do estado de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito.** 2013. 243 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, UnB, 2013. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13844/1/2013_%20AugustoCesardeCarvalhoLeal.pdf . Acesso em 20 maio de 2014..

LEAL, Rogério Gesta. **O Direito Fundamental à Verdade à Memória e à Justiça em face dos atos de morte, tortura, sequestro e desaparecimento de pessoas no Regime Militar Brasileiro: Qual a responsabilidade do Estado?** *Inédito.*

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal.** São Paulo: RT, 1994. v. 1.

MARÍN, CARLOS ARTURO GALLEGO. **EL CONCEPTO DE SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO SOCIAL.** *jurid. Manizales (Colombia), 9(2): 70 - 90, julio-diciembre 2012.* Disponível em [http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9\(2\)_6.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas9(2)_6.pdf) Acesso em 15 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Tonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI).** 1998. Disponível em: http://buenoecostanze.adv.br/index.php?option=com_content&task=view&id=315&Itemid=44>. Acesso em 20 maio 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Seguridad jurídica y sistema cautelar.** *Doxa: Publicaciones periódicas, Alicante, n. 7, p.327-349, 1990.* Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79193887514803117754491/cuaderno7/doxa7_12.pdf . Acesso em: 22 maio 2014.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia do direito.** In: *Filosofia do Direito.* Coimbra: Armênio Amado Editor, 1974. p. 415-418.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

RIBÓ DURAN, L. **“Dic. De Derecho” Bosch.** Casa Ed. Barcelona, 1991

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro.** P.319-370. In: Revista latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 6 – Julho/dezembro de 2005.

SANCINETTI, Marcelo A. **Seguridad y derecho penal.** In: **Derecho Penal y Estado de Derecho.** > libro homenaje al professor Ramón C. Leguizamón / Eugenio Raúl Zaffaroni... [et al.]; compilado por Gonzalo Xavier Molina. 1ª. ed. Resistencia: Libreria de la Paz, 2005.

STINCHCOMBE, Arthur L. **Certainty of the law: reasons, situation-types, analogy, and equilibrium.** In: The journal of political Philosophy: volume 7. Number 3, 1999, pp. 209-224. Disponível em <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9760.00074/abstract> Acesso em 15 de jun. de 2014.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito penal: parte geral.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VERA, Ramon Reyes. **Los derechos humanos y la seguridad jurídica.** In: Derechos Humanos: Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Año 7, núm. 37, mayo-junio de 1999. Editorial Emanhaia: Toluca, México. Disponível em: <http://www.codhem.org.mx/localuser/codhem.org/info/gacetitas/gaceta37.pdf> Acesso em 21 abril 2014.

WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Anistia, Tortura, República e Democracia.** Disponível em <http://www.escoladegoverno.org.br/artigos/268-anistia-tortura-republica-democracia> Acesso em 20 maio de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 1987.

Sobre os autores

Luciano de Araujo Migliavacca

Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - DINTER UNESA /IMED, em Direito Público e Evolução Social, vinculado à linha de pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Mestre em Direito - UNISC. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Tributário – UPF. Professor de Direito Processual Civil - IMED. Coordenador da Escola de Direito da IMED Advogado. E-

mail: lucmig@imed.edu.br. Endereço: Rua Independência, 137, 1010, Passo Fundo – RS. CEP 99010-140.

Raquel Tomé Soveral

Mestre em Direito pelo do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho – UMINHO, em dupla titulação. Pós-graduanda *lato sensu* em Direito Penal e Processo Penal - IMED. Professora da Escola de Direito da Faculdade Meridional–IMED. Advogada. E-mail: raq_tome@hotmail.com. Endereço: Rua Mabilio Bernardon, 184. Passo Fundo – RS. CEP 99074-370.

Data de submissão: 09/10/2015

Data de aceite: 12/12/2015