

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS SOB A EGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Ramiro Nodari Goulart\*

Álvaro da Silva Pereira Bastos\*\*

Sumário: 1. Introdução. 2. Os Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988. 3. A Emenda Constitucional (EC) 45/2004 e o Controle de Convencionalidade 4. A incorporação e a prevalência dos tratados de proteção de Direitos Humanos. 5. Ditadura Militar (1964-1985), A Comissão Nacional da Verdade (CNV) e Crimes de lesa-humanidade. 5.1. O princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade. 5.2. A força normativa dos princípios. 6. A Corte Interamericana e os crimes de lesa-humanidade. 7. O STF e os crimes de lesa-humanidade. 8. A proibição do retrocesso como princípio máximo na Constituição Federal de 1988. 9. Considerações Finais. 10. Referências Bibliográficas.

## RESUMO

O presente artigo cuida do Controle de Convencionalidade das leis no direito brasileiro; intenta verificar a (in)aplicabilidade das normas inseridas nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos (repetidas ou não na Constituição Federal de 1988) pelos tribunais e de modo específico, pelo Supremo Tribunal Federal. O objetivo é, em última instância, discutir a (im)prescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade a partir dos eventos ocorridos no período da Ditadura civil militar 1964-1985, cotejando os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal com os da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ademais, para melhor compreensão da temática em apreço, será aportada a doutrina para o presente estudo, como forma de pesquisa comparativa monográfica.

**Palavras-chave:** Controle de Convencionalidade, Tratados de Direitos Humanos, Crimes de Lesa-Humanidade, Ditadura Militar, Supremo Tribunal Federal, Corte

---

\* Professor orientador, graduado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (2011) Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela UNISINOS (2014). Atualmente é assessor jurídico – Comitê Carlos de Rê, da Verdade e da Justiça. Atuou como assessor Jurídico Parlamentar na Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul (2015-16) e na Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul (2015-16).

\*\* Graduado em Direito pela Universidade Paulista – UNIP (2015). Especializando em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal do Pampa – UNIPAMPA, Jaguarão – RS (2016-2017).

Interamericana de Derechos Humanos.

## **RESUMEN**

El presente artículo se ocupa del Control de Convencionalidad de las leyes en el derecho brasileño; se intenta verificar la (in) aplicabilidad de las normas insertadas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (repetidas o no en la Constitución Federal de 1988) por los tribunales y de modo específico, por el Supremo Tribunal Federal. El objetivo es, en última instancia, discutir la (im) prescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad a partir de los eventos ocurridos en el período de la Dictadura civil militar 1964-1985, cotejando los posicionamientos del Supremo Tribunal Federal con los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .

Además, para una mejor comprensión de la temática en aprecio, se aportará la doctrina para el presente estudio, como forma de investigación comparativa monográfica.

**Palabras clave:** Control de convencionalidad, los Tratados de Derechos Humanos, Crímenes contra la humanidad, La Dictadura Militar; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Derechos Humano.

## 1. Introdução

Um dos maiores desafios da ciência jurídica na contemporaneidade é conciliar a clássica noção legalista de soberania com a atual noção de soberania mitigada, perceber que o direito nacional está intimamente ligado ao direito internacional é fundamental para a expansão e proteção dos direitos humanos, reflexo desta intimidade é o processo de internacionalização dos direitos humanos em escala mundial desde o final do século XX aos dias atuais.

A proteção de direitos por meio de normas internacionais se conecta, ou pode se conectar as normas nacionais com os objetivos, o que evidencia a integração entre sistema nacional e internacional de proteção de direitos humanos. Assim, pensar a soberania como poder absoluto, ilimitado de um Estado, em determinado território, habitado por determinada população, de modo que este pareça uma ilha isolada do mundo, não se coaduna com a realidade dos fatos na atualidade, nem com o aspecto externo da soberania.

As mudanças na sociedade refletem nos órgãos de poder, o absolutismo que se prendia ao conceito de soberania vem sendo relativizado. Desta relativização, surge a noção de soberania mitigada, aquela em que o Estado nas suas relações com outros Estados, se posiciona horizontalmente, em pé de igualdade. Assim, por exemplo, por fazer parte de um tratado ou convenção internacional, determinado Estado deve cumprir as obrigações que contraiu em âmbito internacional (Convenção de Viena, 1969).

A garantia de direitos a nível nacional, na contemporaneidade está diretamente ligada a garantia de direitos na esfera internacional, na medida em que, ambas as esferas de direitos caminham juntas e não divergem uma da outra. Assim, a ratificação de tratados sobre proteção de Direitos Humanos por determinado Estado, implica na obrigatoriedade de adequação das normas internas às normas internacionais ratificadas, logo, se a norma nacional que protege estes direitos for descumprida, poderá se aplica a sua congênere internacional, que lhe é complementar, coadjuvante. Conforme a jurisprudência da Corte Interamericana de

Direitos Humanos, manifesta na sentença condenatória contra o Brasil de 24/11/2010, *Caso Araguaia*, na qual se lê no parágrafo 13:

“Isto é, em conformidade com o Preâmbulo da Convenção Americana, a proteção internacional de natureza convencional é coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

No parágrafo 32 da mesma sentença afirma-se que:

“A proteção exercida pelos órgãos internacionais tem carácter subsidiário e o propósito de uma instância internacional não é revisar ou reformar a sentença interna, mas constatar se a referida decisão esta em conformidade com as normas internacionais”. Esta decisão foi emblemática na medida em que, permitiu avanços significativos na discussão e aplicabilidade de normas atinentes aos direitos humanos além fronteiras

Para melhor compreensão do Controle de Convencionalidade das leis no sistema jurídico brasileiro, nosso estudo analisará, num primeiro momento, o nível hierárquico em que se situam os Tratados Internacionais de Direitos Humanos em relação à Constituição Federal de 1988, e num segundo momento, discorrerá sobre a teoria do Controle de Convencionalidade, o que permitirá prontamente discutir com maior abrangência e profundidade o que propomos nesse estudo.

Nesse contexto, o recorte referente aos crimes de lesa humanidade, cometidos durante o período militar brasileiro 1964 – 1985 e a criação da Comissão Nacional da Verdade em 2011, se justificam num primeiro momento para reforçar a discussão já existente em âmbito internacional, que permeia a imprescritibilidade destes crimes, e num segundo momento, demonstrar a necessidade latente na sociedade de desvendar os eventos excepcionais de nossa história recente, embora se enfrente resistência de alas conservadoras intraestatais, possibilitar tal discussão nos parece fundamental para o avanço democrático da nossa sociedade. Os estudos sobre o Controle de Convencionalidade das leis no Brasil ainda podem ser considerados recentes. Sua primeira aparição entre nós se deu em 2008, na tese de doutorado de Valério de Oliveira Mazzuoli, na UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Para este autor, esse novel controle consiste, grosso modo, em promover a compatibilização das normas de direito interno (e também as práticas de

direito interno) em relação aos tratados internacionais ratificados e em vigor no país (MAZZUOLO, 2011).

A ideia de compatibilizar normas internas as internacionais é fruto do movimento de internacionalização de proteção dos Direitos Humanos, influenciado pelo pós-Segunda Guerra, em razão das atrocidades cometidas naquele período. O Holocausto, um crime horrendo perpetrado por gente iníqua contra inocentes (BAUMAN, 1998), uma das piores ações já perpetradas por seres humanos contra seres humanos, é uma dentre as várias razões fundamentais da necessidade de compatibilização de normas. Este movimento exige que os ordenamentos jurídicos pactuem sobre proteção de direitos humanos além das suas fronteiras.

Logo, pensar o ordenamento jurídico como uma estrutura complexa, que contempla diversas fontes normativas num mesmo espaço, que recorre ao instituto da recepção de normas, produzidas por sistemas jurídicos diversos e precedentes para aplicação em outros, bem como da delegação do poder de produzir normas jurídicas a órgãos inferiores (BOBBIO, 2014), impulsiona a reflexão sobre esta modalidade de controle, e permite elencar valores (princípios) que devem ser respeitados independente do ordenamento jurídico e da nacionalidade do indivíduo, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse processo de proteção de direitos humanos em nível internacional, vai muito além da noção de nacionalidade individual, na medida em que esta se prende a limites geográficos demarcados. Assim, ocorrendo violação a Direitos Humanos em determinado país, a obrigação de investigar e punir os responsáveis se impõe, não apenas pela identidade nacional das vítimas, mas também pela ofensa aos princípios e valores internacionais atribuídos ao gênero humano, por meio de tratados ratificado pelo país.

A ideia é cotejar o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em relação aos crimes de lesa-humanidade com a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação aos mesmos crimes, perpassando a discussão sobre a possibilidade de prevalência das normas trazidas por tratados internacionais sobre direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio. O que permitirá demonstrar a prevalência dessas normas, que servem de garantia ao exercício dos Direitos Humanos e da Cidadania, como determina a

Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

## **2. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988.**

Aprofundar a discussão sobre os tratados, ainda que de modo breve, requer que estes sejam conceituados, que se exprima seu significado, sua origem e seu processo de formação, para que possamos analisar a relação estabelecida entre a Constituição Federal e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos.

Nas palavras de Francisco Rezek "o primeiro registro seguro da celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusil III, rei dos Hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIX<sup>a</sup> dinastia. Esse tratado pôs fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Releva observar o bom augúro que esse antiquíssimo pacto deveria, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípcio-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando, na história do Egito, a partir desse ponto da XIX<sup>a</sup> dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência Hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra perceptível do compromisso<sup>1</sup>".

Isso mostra que, embora o surgimento dos primeiros estados (Repúblicas) propriamente dito datam do século XV (Maquiavel, *O Príncipe*)<sup>2</sup>, antes desse período alguns reinos já realizavam tratativas de várias ordens. Entretanto, no século XIX, novas questões passaram a desafiar a temática dos tratados que, na sua maioria

---

<sup>1</sup> REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - curso elementar*, 13<sup>o</sup> ed., rev. aumen. e atual. São Paulo- Saraiva, 2011, p. 36.

<sup>2</sup> Uma das principais obras de Nicolau Maquiavel, um importante historiador, diplomata, filósofo, estadista e político italiano da época do Renascimento. Nasceu na cidade italiana de Florença em 3 de maio de 1469 e morreu, na mesma cidade, em 21 de junho de 1527. Nesta obra dentre vários conceitos importantes desenvolvidos pelo autor, a ideia de proteção e, ou manutenção do poder pelo soberano, príncipe, é central nessa obra, regado de ensinamentos desde o clima e técnicas militares.

deixaram de ser bilaterais, tornando-se multilaterais. Mudança relevante prende-se aos protagonistas da assinatura de tratados, diferentes dos habituais soberanos.

Um dos fatores que apesar das mudanças se manteve nos tratados é o seu carácter costumeiro (naquele período, as normas não eram escritas, embora conservassem um carácter de obrigatoriedade). As grandes transformações político-sociais e económicas ocorridas no final do séc. XX e início deste século, a multiplicação dos regimes republicanos, a extensão da constitucionalização das monarquias, trouxeram novas exigências aos direitos dos tratados, tornando-se cada vez mais complexa a sua elaboração.

Acrescente-se a isso que, com o fim da segunda Guerra Mundial surgiram novos agentes pactuantes em nível internacional, as organizações internacionais, não governamentais. Assim, a principal mudança naquele século, surgiu da necessidade de codificação dos tratados, dando-se a estes carácter técnico com regras expressas e não mais costumeiras.

Essa necessidade de disciplinar e regulamentar o processo de criação dos tratados a nível internacional deu origem a Convenção de Viena, de 1969. Nascida como a Lei dos Tratados, a qual traz o significado de tratado em seu art. 2º, alinha (a), que se lê:

a) “ tratado significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica ”.

Deve-se salientar que, a convenção limitou-se a definir ou trazer o significado daqueles tratados celebrados entre Estados, não ampliando para os celebrados por organizações internacionais, para as quais, também foi elaborada uma convenção específica, também em Viena em 1986, ainda não em vigor por insuficiência de ratificação mínima exigida.

De certa maneira, a transcrição do artigo 2º, a, da convenção nestas linhas, deve ser interpretada como elemento demarcador da análise, significa dizer que nossa intenção é se debruçar sobre os tratados celebrados entre estados, pois estes

reforçam a compreensão dos direitos humanos na seara interna e internacional.

Para Louis Henkin “o termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional. Além do termo ‘tratado’, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também, Tratado ou Acordo Internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (Protocolo)”<sup>3</sup>.

Nesse ínterim, os tratados só se aplicam aos estados que consentiram com a sua instituição, logo, não se pode exigir o cumprimento de determinado tratado a um estado que não ratificou os seus termos, salvo se os seus preceitos tenham se incorporado aos costumes internacionais. Esse princípio se encontra na própria convenção de 1969, art. 26 (*pacta sunt servanda*<sup>4</sup>) e similar ao art. 27 (princípio da boa-fé). Assim, os tratados como expressão de consenso, apenas por essa via podem os estados soberanos contrair obrigações. Não se admite que um estado ratifique um tratado por ameaça, ou pela força, tampouco se admite que um estado que tenha ratificado um tratado descumpra-o deliberadamente.

Em respeito à soberania dos estados, a Convenção de Viena de 1969 prevê a possibilidade de reservas<sup>5</sup> em relação a determinadas cláusulas de um tratado, contudo, não se admitem reservas contrárias ou incompatíveis ao propósito do próprio tratado, conforme o art. 19 da convenção.

Nesse sentido, a manifestação de aceite de um tratado se materializa a partir da sua assinatura normalmente realizada pelo Chefe do Executivo, contudo, cada Estado soberano livremente poderá indicar quem deverá assinar tratados internacionais em representação do Estado.

A Constituição Federal de 1988 determina que essa função caberá ao Presidente da República, com a chancela do Poder Legislativo. Em seu art. 84, VIII se

---

<sup>3</sup>HENKIN, Louis. *International law*, p. 416, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* 14<sup>o</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 107.

<sup>4</sup> Em português “os contratos devem ser cumpridos”

<sup>5</sup>Declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acessão, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado. (PIOVESAN, 2013,109).



lê: “é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, e no art. 49, I, lê-se: “é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. ”

Essa conjugação de esforços entre os poderes (na medida em que um controla o outro) dá corpo aos tratados, e ocorre da seguinte forma, o Presidente da República assina o Congresso Nacional referenda (emitindo Decreto Legislativo), e finalmente o Presidente da República ratifica o tratado e deposita-o, ou realiza a troca de instrumentos de ratificação com o Estado celebrante ou órgão responsável<sup>6</sup>.

A integração dos tratados na ordem jurídica interna, sempre representou um dos maiores debates na jurisprudência e na doutrina brasileira, em razão da dificuldade de demonstrar a existência ou não de hierarquia entre o Direito Internacional e o Direito Nacional. A questão pertinente a essa altura é - nos casos de conflito entre norma interna e norma internacional, é saber qual delas deve prevalecer. Para responder essa questão, a doutrina elenca duas teorias, a dualista e a monista (internacionalista e nacionalista)<sup>7</sup>.

- Teoria Dualista: seu principal precursor foi Carl Heinrich Triepel<sup>8</sup>, na Alemanha e Dionízio Anzilotte<sup>9</sup>, na Itália, para esta corrente, direito interno e o internacional representam duas ordens jurídicas distintas, por isso não há interferência de uma sobre a outra;

- Teoria Monista: para esta corrente, existe unidade em um só ordenamento, o conjunto de normas jurídicas internas e internacionais. Esta corrente se divide em: Internacionalista (tradicional ou originária e a moderada) e Nacionalista.

Monismo Internacionalista Tradicional (ou originário) - desenvolvido por Hans Kelsen<sup>10</sup> na Alemanha, entende a unicidade do sistema jurídico sob o primado do direito internacional, devendo as normas jurídicas internas se adequarem às internacionais sob pena de nulidade;

---

<sup>6</sup>Nas palavras da professora Flávia Piovesan (2013). Assim, celebrado por representante do Poder Executivo, aprovado pelo Congresso Nacional e, por fim, ratificado pelo Presidente da República, passa o tratado a produzir efeitos jurídicos.

<sup>7</sup>BARBOSA, Rodrigo Costa. *Resumo de Direito Internacional Público: doutrina e jurisprudência e questões*. São Paulo: Ed. Método, 2008, p. 20.

<sup>8</sup> Jurista alemão, nasceu em 12 de fevereiro de 1868 em Leipzig e morreu em 23 de novembro de 1946 em Grainau.

<sup>9</sup> Jurista italiano, foi um eminente jurista e diplomata italiano. É considerado um dos maiores estudiosos do direito internacional no século XX

<sup>10</sup> jurista e filósofo austríaco, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito

Monismo Internacionalista Moderado – defendido por Alfred Verdross<sup>11</sup> jurista austríaco, essa subcorrente defende que, uma norma de direito interno, pode confrontar uma norma de direito internacional, sem que se torne nula, todavia essa norma interna constituiria uma infração que o Estado lesado poderia impugnar.

Monismo Nacionalista: sustenta a prevalência do direito interno sobre o direito internacional.

Pode-se dizer que as cortes internacionais se filiam à corrente monista internacionalista, por entenderem que, quando um Estado, em exercício da sua soberania, ratifica um tratado não poderá obstruir o seu cumprimento, ou ainda, alegar normas de direito interno como justificativa para o seu descumprimento. (art. 27 da Convenção de Viena).

No Brasil, o STF se posicionava favorável a teoria monista internacionalista (como no caso União Federal vs. Cia. Rádio Internacional do Brasil, em 1951), conforme ementa do acórdão abaixo:

Tratado internacional. Sua força quanto as leis que regulam os casos nele estabelecidos. **Só por leis que a ele se refiram expressamente, pode ser revogado.** Imposto como deve ser cobrado. (STF - ACI: 9587 DF, relator: Lafayette de Andrada data de julgamento: 01/01/1970, segunda turma, data de publicação: DJ 18-10-1951 pp-\*\*\*\*\* ementa vol-00060-01 pp-00028 adj data 06-07-1953 pp-01870) [...] (grifo nosso)

Entretanto, em 1977 o mesmo tribunal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 80.004, entendeu que uma lei posterior poderia revogar um tratado (tese da paridade entre tratados e lei ordinária), como se lê na ementa do acórdão:

Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre letras de câmbio e nota promissória – aval apostado a nota promissória não registrada no prazo legal - impossibilidade de ser acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto Lei nº 427 de 22 de janeiro de 1969.

**Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre Letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e consequente validade do Dec. Lei nº 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em repartição fazendária sob pena de nulidade do título.**

Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele, se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado.

Recurso extraordinário conhecido e provido [...]. (grifo nosso)

---

<sup>11</sup> jurista austríaco. Nascido na então Áustria-Hungria, Verdross concluiu seu doutorado em direito em 1913, na Universidade de Viena.

Em outros casos, como em 1995, no julgamento do HC 72.131-RJ, decidiu em favor da teoria monista nacionalista, conforme ementa do acórdão, abaixo:

"Habeas Corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

**- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988.**

**Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do art. 7º da Convenção de São José da Costa Rica.**

"Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida [...] (grifo nosso)

Assim, se pode perceber que, a corrente prevalecente no STF sempre oscilou pendularmente entre o monismo nacionalista e o internacionalista. Entretanto, no momento podemos cogitar que a corrente prevalecente é a monista nacionalista, em que a norma internacional integrada à ordem interna tem nível supralegal (tratados sobre direitos humanos, ratificados antes da EC 45/2004), superior a lei ordinária<sup>12</sup>, como sustentou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do REEx. 466.343, em 3 de dezembro de 2008, e também os tratados sobre direitos humanos, aprovados em dois turnos, por três quintos dos votos, em cada casa do Congresso Nacional (art. 5º, §3º, introduzido pela EC nº 45/2004, analisaremos adiante), que têm nível de emenda constitucional.

Em razão deste posicionamento considerado conservador, o STF sofre críticas de grande parte dos doutrinadores, sejam eles internacionalistas públicos ou privados. Para alguns, atribuir paridade hierárquica igualitária aos tratados e a lei ordinária, afronta a própria constituição e viola o princípio da boa-fé (exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato) (GONÇALVES, 2012) que rege os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

O argumento justificador das críticas depreende-se da leitura do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, do qual se lê:

<sup>12</sup> Nesse sentido, pronunciou-se o Ministro Francisco Rezek: " De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça — sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico." (Flávia Piovesan, p. 119, 2012).

**Art. 5º, § 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.** (grifo nosso)

Para alguns doutrinadores<sup>13</sup>, este dispositivo atribui nível constitucional aos tratados internacionais de proteção de direitos humanos, logo deve ser interpretado de modo a garantir superioridade normativa destes em relação as normas infraconstitucionais, lei ordinária e lei federal. Partilhamos deste posicionamento, na medida em que, a norma constitucional supracitada reforça a necessidade de proteção destes direitos, ainda que a proteção advenha de norma externa ao ordenamento pátrio desde que coadune com o regime e princípios adotados e, ou tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

Nas palavras da professora Flávia Piovesan “Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um carácter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-parte, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam salvaguardar os direitos do ser humano, e não as prerrogativas dos Estados”.

Ao carácter especial dos tratados de direitos humanos, agrega-se um conjunto de princípios que apresentam força normativa obrigatória, denominados *ius cogens*<sup>14</sup>. Assim, é plausível afirmar que, uma norma de direito internacional somente poderá ser revogada por outra norma de nível paritário e da mesma natureza.

E continua a autora. “Realmente, se é verdade que uma lei interna revoga outra ou outras anteriores, contrárias à primeira, o mesmo não se poderá dizer quando a lei anterior representa direito convencional transformado em direito interno, porque o Estado tem o dever de respeitar suas obrigações contratuais e não as pode revogar unilateralmente”.

---

<sup>13</sup> MAZZUOLI, Valério. (2011, pag. 819), PIOVESAN, Flavia. (2013, p. 123) e outros.

<sup>14</sup> Normade *jus cogens* é uma norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados, em seu conjunto, como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma posterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo *status* (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, art. 53).

No mesmo sentido, leciona Marotta Rangel: “A superioridade do tratado em relação às normas do Direito Interno é consagrada pela jurisprudência internacional e tem por fundamento a noção de unidade e solidariedade do gênero humano e deflui normalmente de princípios jurídicos fundamentais, tal como o *pacta sunt servanda*”<sup>15</sup>

Urge frisar que no Brasil, existem quatro concepções hierárquicas em discussão quanto aos tratados em relação a Constituição, são elas: **1-** aquela que atribui natureza constitucional as normas dos tratados sobre direitos humanos, defendida por (Flávia Piovesan, Valerio Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes); **2-** concepção que atribui aos tratados sobre direitos humanos paridade (*status*) de lei federal (posição majoritária no STF até 2008); **3-** concepção que atribui aos tratados sobre direitos humanos *status* de norma supraconstitucional (Agustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros) e **4-** concepção que atribui aos tratados sobre direitos humanos *status* de norma infraconstitucional, mas supralegal (Ministro Sepúlveda Pertence por ocasião do julgamento do RHC 79.785-RJ, no Supremo Tribunal Federal, em maio de 2000 e o Ministro Carlos Velloso julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424-RS, conhecido como o “caso Ellwanger” e Gilmar Mendes em 2008).

Resta evidente que existem quatro correntes antagônicas quanto a posição hierárquica dos tratados sobre proteção de direitos humanos em relação a Constituição Federal na ordem jurídica brasileira. Grande parte desse antagonismo é explicado pela norma do art. 5º, § 2º da constituição. Nesse contexto, como forma de pôr fim a essa discussão, o poder constituinte derivado reformador editou a emenda constitucional nº 45, de 2004<sup>16</sup>, que introduziu no art. 5º o § 3º, que será analisado em seguida.

Nos filiamos ao posicionamento elencado no número 1, pois acreditamos que as normas dos tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, têm natureza contitucional. Se essas normas não possuíssem tal natureza afrontariam a soberania nacional e a Carta Magna e sua não recepção (caso dos tratados internacionais ratificados antes da Constituição Federal de 1988) restaria evidente, e sua incocnstitucionalidade seria suscitada.

### **3. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e o Controle de**

---

<sup>15</sup> Os contratos, ou acordos devem ser cumpridos.

<sup>16</sup> Ver em PIOVESAN, Flávia. P. 127, 2013.

### Convencionalidade.

A Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004 trouxe grandes mudanças no sistema de controle no direito pátrio, com a sua adição a Constituição Federal de 1988 passou a contar com dois sistemas de controle. O controle de Constitucionalidade das leis e atos públicos (cujo parâmetro é a Constituição da República) e o Controle de Convencionalidade das leis e atos públicos (cujo parâmetro são os tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados e em vigor no país). Essa alteração trouxe grandes inovações no *modus operandi* dos tribunais e no processo legislativo pátrio.

Essa emenda adicionou ao art. 5º da Constituição Federal os §§ 3º e 4º, efetuando alterações importantes em relação a temática dos direitos humanos, especialmente no que se refere a forma como os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ingressam na ordem jurídica interna e a submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, *in verbis*:

**Art. 5º §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.** (grifo nosso)

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Esta emenda revolucionou a pirâmide das normas no ordenamento jurídico brasileiro<sup>17</sup>. Antes dela, os tratados e convenções ingressavam na ordem por Decreto Legislativo e status de lei ordinária, como consequência dessa inovação todo o sistema de controle das normas no direito interno precisa se adequar às alterações implementadas..

Que mudanças são essas? Uma das principais é a aquisição de *status* material e formalmente constitucional que adquiriram os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos (MAZUOLLI, 2008), posto que, antes da emenda, o parágrafo 2º do art. 5º atribuía aos tratados e convenções apenas nível materialmente constitucional.

---

<sup>17</sup>GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo - Premier Máxima, 2008.

Entretanto, a grande revolução trazida pela emenda constitucional 45 é o surgimento de um novo controle em relação a produção legislativa interna. Trata-se da possibilidade de os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil e aprovado segundo o quórum determinado pelo art. 5º, § 3º da Constituição Federal servirem de parâmetro para o controle da convencionalidade das leis no direito interno.

O controle de convencionalidade das leis, tem sua origem França, em determinado caso, em que o Conselho Constitucional daquele país, na decisão 74-54 DC de 1975, entendeu não ser competente para verificar a compatibilidade das leis em relação aos tratados ratificados pelo país, no caso se tratava da compatibilização das leis francesas em relação a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos<sup>18</sup>.

Como disse alhures, no Brasil essa temática guarda certo grau de novidade, pode-se dizer que esse modelo de controle aportou no país em 2004, com a EC nº 45 de 2004, mas se tornou conhecido a partir de 2008 com a tese de doutoramento do professor Valério de Oliveira Mazzuoli na UFRGS, urge nesse momento falar desse novel controle.

A concepção do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro advém do controle de constitucionalidade das leis. Este visa compatibilizar as normas internas (infraconstitucionais) a Constituição Federal (supremacia constitucional), verificando a sua adequação as normas constitucionais. Aquele visa compatibilizar as normas jurídicas internas em relação aos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, ratificados (supremacia dos tratados), verificando a não contrariedade das normas internas aos tratados, sob pena de invalidade das normas.

Assim, tal como existe o controle de constitucionalidade difuso e concentrado, também passou a existir o controle de convencionalidade difuso e concentrado. Controle de constitucionalidade difuso é aquele em que qualquer juiz tem o poder-dever de verificar a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais em relação a Constituição Federal. O controle de constitucionalidade concentrado é aquele realizado exclusivamente pelo STF, por

---

<sup>18</sup>RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. Revista do CAAP Belo Horizonte n. 2 v. XVIII | p. 61 a p. 96 | 2012.

meio de uma das ações constitucionais (ADIN, ADC, ADO, ADPF)<sup>19</sup> verificando a compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais em relação a Constituição.

Concomitantemente, existe o controle de convencionalidade difuso, que consiste na verificação por qualquer juiz ou tribunal da compatibilidade vertical das normas internas em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos que têm nível de norma materialmente constitucional apenas (isto é, aqueles que não foram aprovados segundo o rito do art. 5º, § 2º da CRFB) ratificados pelo Brasil.

E como consequência da adição ao art. 5º da Constituição Federal do § 3º, surge a possibilidade do controle de convencionalidade concentrado, que consiste na verificação pelo STF da compatibilidade vertical das normas infraconstitucionais em relação às normas inseridas no ordenamento interno, por meio de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país e aprovados, segundo o rito pelo qual as normas dos tratados sobre direitos humanos têm nível de Emenda à Constituição.

É importante frisar que a Constituição de 1988 marcou o período de redemocratização do Brasil e a sua inserção na seara internacional como país que protege os direitos humanos. Esse fato implicou uma série de adequações às normas internacionais as quais o país se vinculou. Essa adequação consistiu em alterações normativas, civis, constitucional e infraconstitucional (proibição da submissão a tortura, nem tratamento desumano ou degradante, garantias de habeas corpus, habeas datas etc.), mudanças de ordem econômicas (Plano cruzado, Cruzado II, Plano Collor I e II, Plano Real etc) e sociais( no campo social, o processo de elaboração da então nova Constituição de 1988, os avanços foram significativos, a partir dela se verificou a criação de políticas sociais para o idoso, a igualdade de todos perante a lei, a expansão de direitos trabalhistas). Entretanto, as mudanças demonstraram avanços em alguns aspectos, por exemplo eleições diretas, em outros como a redução da pobreza, não se verificaram no tempo esperado. (Couto, 2006)<sup>20</sup>.

Com essa nova modalidade de controle, as normas infraconstitucionais

---

<sup>19</sup> ADIN (ação direta de inconstitucionalidade); ADC (ação declatoria de constitucionalidade); ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e ADPF (ação de descumprimento de preceito fundamental).

<sup>20</sup> Rojas Couto, Berenice. O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível? 2ª edição, São Paulo: Cortez, 2006, p. 141 a 157.



não devem ser compatíveis apenas com a Constituição Federal (controle de constitucionalidade), mas também com os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e comuns (controle de convencionalidade) (GOMES e MAZZUOLI, 2011).

Segundo Flavia Piovesan, uma vez mais, corrobora-se o entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente ao supracitado parágrafo 3º, ou seja, anterior a Emenda Constitucional n. 45/ 2004, têm hierarquia constitucional, situando-os como normas material e formalmente constitucionais. Esse entendimento decorre de quatro argumentos: a) a interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional; b) a lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos; c) a necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica; e d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro.

Assim, por entender que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos têm hierarquia constitucional, estes devem ser interpretados de modo a valorizar o princípio da dignidade da pessoa humana, servindo inclusive de elemento compatibilizador convencional. Por isso, a divergência entre a hierarquia de supralegalidade (abaixo da constituição e acima das leis, ordinárias, federais) e hierarquia constitucional que se atribui aos tratados continua no STF, embora sua jurisprudência majoritária tenha convergido em favor da tese de supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos<sup>21</sup>.

Contudo, a doutrina brasileira faz duras críticas à esse posicionamento da Corte, alguns estudiosos defendem a tese de que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, os Tratados sobre Direitos Humanos, que já possuíam nível de matéria constitucional em razão do exposto no art. 5º, § 2º, passaram a possuir nível material e formalmente constitucional<sup>22</sup>.

Nesse ínterim, é inegável que o julgamento do REEx. 466.343 em dezembro de 2008 pelo STF deu origem ao Controle de Convencionalidade concentrado das leis

---

<sup>21</sup> Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do REEx. 466.343, em 3 de dezembro de 2008, em emblemático voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>22</sup> Valério Mazzuoli, Flavia Piovesan, Ministros do STF favorável a essa tese, Celso de Mello, César Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau.

no direito brasileiro, quer dizer, que o Brasil reconhece a prevalência dos tratados internacionais sobre direitos humanos já ratificados (Convenção Interamericana de Direitos Humanos) e, sendo assim, seus juízes estão obrigados a realizar esse controle. Como determina a Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos (...)”<sup>23</sup>.

Portanto, os tribunais locais, além de realizarem de estarem obrigados a realizar o controle de convencionalidade internamente, devem também considerar a interpretação da Convenção, que vem sendo feita pela Corte, intérprete última das normas da convenção.

#### **4. A incorporação e a prevalência dos tratados de proteção de Direitos Humanos.**

Considerando o até então exposto, importa demonstrar o modo pelo qual os tratados internacionais de proteção de direitos humanos se incorporam à ordem jurídica interna e seus reflexos na prevalência das normas expressas nele.

De modo geral, pode se dizer que a incorporação dos tratados pode ser feita a partir de dois modelos distintos, o da incorporação automática e o da incorporação legislativa ou não automática. O primeiro modelo faz referência à incorporação feita por meio da ratificação do tratado pelo responsável, ente ou órgão, de modo que, após a assinatura e a ratificação do tratado pelo Presidente ou seu representante, este já surte efeitos jurídicos na ordem interna e internacional.

Enquanto no modelo seguinte, a incorporação ocorre depois de um ato do poder executivo, isto é, depois de assinado e ratificado o tratado, se exige que o Executivo emita um decreto executivo, o qual i) promulgará o tratado internacional, ii) publicará oficialmente o seu texto, e iii) dará executoriedade e feitos jurídicos ao tratado internacional no âmbito interno<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> PIOVESAN, Flávia. op., cit., 2013, p. 134.

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969, p. 418.

A incorporação dos tratados no sistema jurídico brasileiro guarda certa peculiaridade, primeiro porque associa duas teorias antagônicas, a monista e a dualista, e segundo porque esse modelo pode ser considerado inovador, já que, se pode considerar inexistente no direito comparado.

A doutrina brasileira no que se refere a incorporação dos tratados internacionais, entende que o sistema jurídico pátrio adota um sistema misto, no qual convivem as duas formas de internalização conhecidas. Nesse contexto, ocorre a incorporação automática de tratados internacionais, quando se tratar daqueles cuja temática diz respeito à proteção de direitos humanos. E ocorrerá a incorporação não automática, nos casos de tratados comuns ou tradicionais. Por entendermos que os tratados internacionais sobre direitos humanos cuidam de matéria de natureza constitucional, nos inclinamos a tese de incorporação automática dos tratados à ordem interna.

Os tratados internacionais de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm nível constitucional, como demonstrado acima, os fundamentos se encontram na própria Carta de 1988 no seu art. 5º, §§ 2º e 3º, e mais, a aplicabilidade imediata e direta das suas normas se depreende do § 1º, do mesmo artigo da Constituição pátria. Quanto aos tratados comuns, estes ocupam nível infraconstitucional e suas normas não têm respaldo constitucional que lhes possa garantir aplicabilidade direta e imediata no ordenamento jurídico.

A prevalência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e conseqüentemente das normas de direito internacional, é conseqüência da internacionalização dos valores atribuídos a pessoa humana, em conseqüência do pós-Segunda Guerra Mundial, da constitucionalização dos direitos humanos vinculada aos valores de universalidade, imprescritibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade reclamados pelos titulares destes direitos.

Nesse contexto, podemos afirmar que desde 1988, o processo de redemocratização do Brasil, marcado pela atual Constituição Federal, elevou os direitos humanos ao nível constitucional, bem como demonstra que os princípios que exortam estes direitos, servem de diretrizes que regem o país nas suas relações internacionais (art. 4º CRFB).

Portanto, as normas sobre direitos humanos, exigem preponderância em relação a outras normas, não por simples interpretação extensiva do texto constitucional, pelo contrário, sua prevalência deflui da própria Lei Suprema e da

conexão destas normas com o direito internacional, que preconizam o princípio da dignidade humana como expressão máxima do respeito ao ser humano, bem como, da reprovação contundente a prática de crimes de lesa-humanidade.

### **5. Ditadura militar (1964-1985), Atos Institucionais<sup>25</sup>. A Comissão Nacional da Verdade (CNV) e os Crimes de lesa-humanidade.**

O período de vinte e um anos que durou a Ditadura Civil-Militar brasileira, se caracterizou pela opressão, censura, e especialmente pela prática de crimes horripilantes por agentes do Estado, por alegada integridade e segurança deste.

Naquele período, o país governou a base de administrativos (decretos), que ficaram conhecidos por Atos Institucionais, serviam de justificativa “legal” para a concretização dos fins revolucionários proposto pelos governos militares.

Os Atos Institucionais, AI-1, 2 e 5 originados precipuamente em caráter de excepcionalidade, isto é, possuíam prazos determinados, em determinados momentos, os acontecimentos determinaram que esses tomassem caráter perpetuos, duradouros. Representavam assim os atos “juridico-normativos” do governo ditatorial, seus artigos impunham diferentes disposições, as quais afetavam civis, militares, funcionários públicos federais, estaduais e municipais.

Assinados em diferentes períodos, embora sequenciais, nomeadamente o AI-1 assinado em nove de abril de 1964 pelo então general Arthur da Costa e Silva e outros líderes do Comando Supremo da Revolucionário, poder de fato, após o golpe do então Presidente João Goularte, inaugurou o período de exceção vivido no país entre 1964 a 1985. O AI-2 decretado em vinte sete de outubro de 1965, pelo general Castelo Branco, serviu para justificar a manutenção da ordem Revolucionária, bem como a manutenção do proposto pelo governo. Em linha comparativa, pode-se aferir que o AI-2 foi mais severo que o AI-1, pois, foi com este ato que se efetivou dentre outras ações, aquelas de controle ao Congresso Nacional.

O AI-5 decretado pelo então Presidente da República Marechal Arthur Costa e Silva, alinhado a ideia de manutenção dos ideais da Revolução, outorgava poderes excessivos ao Presidente da República, dentre os quais desponta, a possibilidade de determinar o recesso do Congresso Nacional, a intervenção nos

---

<sup>25</sup> CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hilton Lobo. Atos Institucionais, Atos Complementares, Leis Complementares. São Paulo: Editora Atlas, 1971.

Estados, a cassação de mandatos parlamentares, suspensão de direitos políticos de qualquer cidadão, confisco de bens considerados ilícitos e a suspensão da garantia de direitos fundamentais, como habeas corpus, tudo sem a apreciação judicial.

Percebemos assim, que todos os atos institucionais serviram única e exclusivamente para justificar a manutenção do governo implantado no país, por intermédio de um golpe Civil-Militar, os quais não serviram portanto de elementos extintivo da punibilidade dos agentes estatais pelos crimes cometidos contra a humanidade, em razão disso, em 2011 se criou a Comissão Nacional da Verdade órgão especial, para a apuração e investigação de todos os crimes cometidos no período entre 1946 a 1988 incluindo assim o período de 1964 a 1985.

Essa comissão instalada pela então Presidente da República, Dilma Rousseff em desasseis de maio de 2012, teve o prazo de dois anos, seu intuito principal é a apuração de violações aos direitos humanos ocorridas no período supraindicado. Seu objetivo é examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos, foi dividida em várias subcomissões temáticas para melhor desenvolvimento dos trabalhos, ao final, a Comissão Nacional Da Verdade elaborou relatório circunstanciado com os respectivos resultados e recomendações.<sup>26</sup>

A prática de tortura, desaparecimento forçado, assassinato de civis individualmente ou em grupo, perpetrados pelo Estado, caracterizam os crimes daquele período histórico, entretanto, alguns continuam em curso (crimes de sequestro, e/ou de desaparecimento forçado de civis, por se tratarem de crimes permanentes, aqueles cuja consumação se prolonga no tempo (ex. caso *Goiburú* julgado pela Corte IDH).

Estes crimes são considerados pelo direito internacional dos direitos humanos, crimes contra a humanidade, ou de lesa-humanidade, são imprescritíveis, não anistiáveis e extraditáveis.

A definição do que vem a ser crime de lesa-humanidade, foi apresentada pelo Acordo de Londres, de 8 de agosto de 1945, o qual instaurou o Tribunal de Nuremberg, para o julgamento de crimes de guerra perpetrado pelos membros do regime nazista. Os julgamentos realizados neste tribunal foram em grande parte baseados nos costumes e no *ius cogens* (direito cogente, cuja validade é universal).

---

<sup>26</sup> Lei 12.528 de 18 de novembro de 2011.

Assim, segundo o art. 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, do *jus cogens* fazem parte normas imperativas de direito internacional geral ou universal, sobre as quais nenhum tratado ou norma de direito interno se sobrepõe, e que só podem ser revogadas por outra norma superveniente da mesma natureza. Essas normas em relação aos crimes de lesa-humanidade, fazem parte dos instrumentos da ONU e integram os princípios de Nuremberg, enunciados no julgamento de 1945-1946, para que se efetivasse a punição dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial. Daí, praticamente todos os tribunais regionais de direitos humanos (Corte Europeia e a Corte Interamericana) admitem tais princípios como integrantes do *ius cogens*<sup>27</sup>.

Em razão dos princípios norteadores de Nuremberg, são considerados crimes de lesa-humanidade “o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ocorram em conexão com qualquer crime contra a paz ou qualquer crime de guerra”.

Contudo, no final da Segunda Guerra Mundial os crimes de lesa-humanidade passaram a ser identificáveis a partir de três notas características, a saber: a) atos desumanos, b) contra a população civil, e c) num ambiente hostil de conflito generalizado. Com o passar do tempo, os tribunais penais internacionais, tratados internacionais passaram a adotar outros elementos que configurassem estes crimes, nomeadamente, d) generalidade ou sistematicidade dos atos, e e) necessidade de conhecimento dos agentes (de todas as características anteriores).

Nesse ínterim, percebe-se que a caracterização e a configuração conceitual desses crimes embora complexa, no âmbito latino-americano a Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de sua jurisprudência e das normas de direito congente vem realizando com afincado trabalho esclarecedor no sentido de elucidá-los tecnicamente. Urge frisar que a Corte é a intérprete última da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e sua jurisprudência deve ser seguida pelos tribunais e juízes dos países partes da Convenção.

A imprescritibilidade destes crimes é fruto da aplicação do costume internacional, do *jus cogens* e da jurisprudência das Cortes Internacionais (Europeia,

---

<sup>27</sup>GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (orgs.). Crimes da ditadura militar – Uma análise a luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Argentina, Brasil, Chile e Uruguai. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 88.

Interamericana) (nesse sentido a sentença do *caso Araguaia de 24/11/2010*), Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma) e do Tribunal de Nuremberg.

Certamente, embasado nas linhas supradescritas, se depreende que os crimes praticados durante a Ditadura Civil-Militar brasileira de 1964 - 1985 representam crimes de lesa-humanidade, o que possibilita concluir que são imprescritíveis não anistiáveis (por essa razão, a inconveniência da Lei de Anistia brasileira, que analisaremos adiante) e extraditáveis (observado o mandamento constitucional).

No mesmo sentido, Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (2011) “os crimes das ditaduras (latino-americanas) são consideradas crimes de lesa humanidade porque consistiram em: a) atos desumanos (assassinatos, extermínios, desaparecimentos forçados, tortura, etc.), b) generalizados ou sistemáticos praticados, c) contra a população civil, d) durante conflito armado ou período de exceção, e) correspondente a uma política de Estado levada a cabo por agentes públicos ou particulares que promoveram essa política, f) praticado com conhecimento desses agentes. São destarte, imprescritíveis”.

### **5.1. O princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade.**

Antes de tratar da principiologia que rege a problemática do ‘imprescritível’ associado aos crimes de lesa-humanidade, necessário se faz tecer algumas considerações sobre o instituto da prescrição no direito brasileiro.

Prescrição é a perda do poder-dever de punir do Estado, pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo (GOMES, MAZZUOLI, 2011).

Ao longo do desenvolvimento deste instituto, surgiram algumas teorias que visam justificar e argumentar a sua existência, das quais podemos destacar:

a) Teoria do esquecimento: postula que após o decurso de determinado período de tempo, variando a gravidade do delito, a lembrança deste se apaga da memória da sociedade, não havendo mais o temor causado pela sua prática, deixando assim de existir motivo para a sua punição;

b) Teoria da expiação moral: entende que, com o decurso do tempo, o criminoso sofre a expectativa de ser processado, julgado e punido a qualquer momento, o que já lhe serve de aflição/punição, sendo desnecessária a punição estatal;



c) Teoria da emenda do delinquente: está baseia-se na presunção de que o decurso do tempo provoca a mudança de comportamento e regeneração do delinquente, demonstrando assim a desnecessidade da punição;

d) Teoria da dispersão das provas: baseia-se na ideia de que, o decurso do tempo provoca a perda das provas, o que torna impossível realizar um julgamento justo, depois de muito tempo da prática do crime, tal situação possibilita a ocorrência de erro judiciário;

e) Teoria psicológica: se baseia na presunção de que, com o passar do tempo, o criminoso altera seu modo de ser e pensar, tornando-se pessoa diversa daquela que cometeu a infração, motivando a não aplicação da pena.

Entretanto, considerando essas teorias, ainda assim, pode se identificar delitos que atingem bens jurídicos de modo tão repulsivo, que o tempo não conseguiria eliminar suas marcas depois de consumados, demonstrando total contrariedade as teorias do esquecimento e da expiação moral<sup>28</sup>. Assim, por se tratar de crimes contra a humanidade, nenhuma das teorias em apreço converge com a dinâmica da imprescritibilidade, somos favorável a ideia da imprescritibilidade destes crimes, posto possuírem características especiais.

Fato é que a aplicação dessas teorias possui alguma plausibilidade para determinados crimes, que não se enquadram naqueles definidos como de lesa-humanidade, pelo bem jurídico que afetam e pela repulsa que sua prática causa na sociedade.

Nesse contexto, a título de exemplo, nas palavras de Ivan Luís Marques<sup>29</sup> “Em relação a teoria da dispersão das provas, o chamado *Caso Guerrilha do Araguaia*<sup>29</sup> provou o contrário. Buscas na região do Araguaia, aliadas às modernas técnicas de obtenção de elementos de provas, foram suficientes para justificar a instauração de *persecutio criminis* contra o Brasil (respeitado o devido processo legal e a dignidade humana), resultando na condenação do Estado Brasileiro (...)”.

Considerando o exposto, pode se dizer que, os Estados elegeram e positivaram nacional e internacionalmente, condutas humanas que não estão

<sup>28</sup>Gomes e Mazzuoli, op., cit., 2011, p. 136.

<sup>29</sup> O caso Julia Gomes Lund e outros, conhecido como “Guerrilha do Araguaia” julgada pela Corte Interamericana, resultou em 14/12/2010, data da publicação da decisão da Corte, na condenação do Brasil a obrigação de fazer, consistente em investigar, processar e punir os agentes responsáveis por crimes contra a humanidade, praticados durante a ditadura militar brasileira(1964 – 1985), in GOMES, Luis Flavio. E MAZZUOLI, Valerio de Oliveira.(orgs.), op., cit., p. 137.



amparados pelo benefício da prescrição, condutas que afetam a dignidade humana e causa repulsa a toda a coletividade.

Nesse espírito, a Constituição Federal de 1988, prevê expressamente em duas hipóteses a imprescritibilidade de alguns crimes, como. 1) o *racismo* (art. 5º, XLII) e 2) a *ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático* (art. 5º, LIV).

Essa previsão constitucional levanta uma questão natural, o rol de crimes imprescritíveis previsto na Constituição Federal pode ser ampliado por meio dos princípios ou normas internacionais encontrados em convenções ou tratados ratificados pelo Brasil?

Segundo alguns doutrinadores<sup>30</sup> é possível. Argumentam que existem princípios no direito internacional, universal, e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, que conceituam a imprescritibilidade, precisamente sobre os crimes de lesa-humanidade.

## 5.2. A força normativa dos princípios

Os princípios são normas jurídicas, sejam elas oriundas do direito interno ou internacional, sua eficácia deve ser materializada pelo interprete da norma. Considerando o acima exposto, com base na lição de Humberto Ávila<sup>31</sup>, para quem “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda a avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária para a sua promoção”.

Então, os princípios como normas imediatamente finalísticas, estabelecem um fim a ser atingido, esse fim é uma ideia que exprime uma orientação prática, implica dizer que, os princípios em sua expressão de finalidade, se revestem de uma função pragmática ou função diretiva. Esse pragmatismo dos fins exige a determinação de condutas, comportamentos, para se alcançar o conteúdo pretendido.

---

<sup>30</sup>Flavio Gomes, Valerio Mazzuoli e Flávia Piovesan.

<sup>31</sup>*Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros Editores Ltda., 10 ed. São Paulo, 2009. p. 79.

Instituído os fins pelos princípios, tem-se o ponto de partida para a busca dos meios. Estes entendidos como objetos, situações que causam a promoção gradual do conteúdo do fim.

Assim, o interprete da lei (juiz, tribunal) ao se deparar com princípios esculpidos no direito interno ou em tratados internacionais de direitos humanos, deverá adotar comportamento condizente com a promoção gradual do fim expresso no princípio, tendo como meio a hermenêutica mais favorável ao ser humano (*princípio pro homine*) do dispositivo interno ou internacional.

Por exemplo, o princípio da dignidade humana exige a realização, ou a preservação de um estado de coisas, exteriorizadas pelo respeito a vida, proteção contra qualquer tratamento degradante, segurança jurídica e condições mínimas de sobrevivência, etc. A materialização desse estado ideal de coisas, exige determinados comportamentos. Para a efetivação de um estado de respeito a vida é necessário que pessoas não sejam mortas pelo Estado, que o uso da força (violência) seja moderado, e é, por princípios normativos nacionais e internacionais. Para efetivar um estado de proteção contra qualquer tratamento degradante se faz necessário que não haja tortura. Para efetivação da segurança jurídica é necessário que direitos sejam respeitados e que os crimes sejam punidos, ainda que praticados, em nome do Estado. Embora detenha o estado a legitimação para o uso da força física (WEBER, 2011)<sup>32</sup>, essa prática deve respeitar os limites traçados na legislação interna, ou daqueles acordados internacionalmente.

Importante frisar que, a violência estatal no período ditatorial era difusa, isto é, a sua percepção variava de um sujeito para outro, segundo sua posição econômica, social e cultural. Assim, enquanto alguns eram ezilados forçadamente no exterior, outros sofriam torturas. Isso induz a pensar que, é inviável usar o termo violência como uma categoria analítica uniforme, tal fato reflete também a dificuldade de conceituar o termo (PORTO, 2010)<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Weber, Max, 1864-1920. Ciência e política : duas vocações / prefácio Manoel T. Berlinck; tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18. ed. — São Paulo : Cultrix, 2011, p. 38.

<sup>33</sup> PORTO, Maria Stela Grossi. Sociologia da violência: do conceito às representações sociais. Brasília: Editora Francis, 2010, p. 7 a 10.

Assim, observando alguns tratados internacionais, e determinados princípios constitucionais, a ampliação daquele rol previsto na Constituição Federal ocorre quase que automaticamente.

Se o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III CRFB), que ratificou em 1998 o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional e se submete a sua jurisdição (art. 5º, § 4º da CRFB, Decreto nº 4.388/02), ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1969, é signatário da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes desde 1984, é fato que os crimes cometidos durante a ditadura militar brasileira, afetaram violentamente a dignidade humana. Assim, qualquer esforço hermenêutico que não permita a ampliação daquele rol previsto pelo sistema constitucional pátrio diminui a força normativa da própria Constituição, afronta o direito universal (normas *ius cogens*), esvazia a força normativa dos princípios e será de uma incoerência inesgotável. Nesse ínterim, urge demonstrar o posicionamento da Corte IDH e do STF, tecendo algumas considerações sobre as sua jurisprudência em relação aos crimes de lesa-humanidade.

## **6. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os crimes de lesa-humanidade.**

A Corte IDH, como interprete última da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, vem construindo sua jurisprudência no sentido de reconhecer e combater ferrenhamente os crimes de lesa-humanidade ou contra a humanidade (por força dos Princípios citados são crimes contra a humanidade: o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e qualquer outro ato desumano contra a população civil, ou a perseguição por motivos religiosos, raciais ou políticos, quando esses atos ou perseguições ocorram em conexão com qualquer crime contra a paz ou em qualquer crime de guerra<sup>34</sup>. Seu entendimento cinge-se no sentido de reconhecer os crimes praticados nas ditaduras militares vivenciadas nas Republicas latino-americana, a sua imprescritibilidade e sua não anistiabilidade.

---

<sup>34</sup> Parecer técnico firmado pelo Presidente do Centro Internacional para a Justiça de Transição, *in Memória e verdade*, coordenação de Inês Virgínia Prado Soares e Sandra Akemi Shimada Kishi, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 372 *apud* GOMES, Luiz Flávio. Crimes contra a Humanidade: Conceito e Imprescritibilidade (Parte II) Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 05 de agosto de 2009.

Para essa corte, os crimes praticados durante a Ditadura Militar brasileira são imprescritíveis e não anistiáveis. Esse entendimento foi cristalinamente apresentado na sentença contra o Brasil, no caso Araguaia<sup>35</sup>, teceremos alguns comentários sobre este caso em breve, e outros casos julgados por essa Corte.

O conceito de crimes de lesa-humanidade nessa instituição regional, não diverge daquele construído na jurisprudência de Nuremberg, das resoluções da ONU e do Costume Internacional, entretanto, o relevante nas suas decisões, é perceber que, a proibição de cometer crimes dessa natureza é uma norma imperativa de direito internacional geral, *ius cogens*(direito cogente, imoerativo) e que a punição pela sua prática é obrigatória segundo esse mesmo direito.

O posicionamento da Corte Interamericana, portanto, é no sentido de que os crimes contra a humanidade por ferirem bens jurídicos de importância relevante, sua punição independe do tempo e sua imprescritibilidade decorre de norma imperativa de caráter universal, por essa razão os Estados-parte da Convenção são obrigados a perseguir e se for o caso, punir os responsáveis por crimes dessa natureza, posto que insusceptível de anistia.

Suas decisões representam tese de repúdio a estes crimes, como se vê no caso *Araguaia, La Cantuta e Barrios Altos e Outros*. O que se evidencia em todos esses casos, é a posição clara e contundente dessa instituição no sentido de proteger os Direitos Humanos, na medida em que praticados crimes ofensivos aos direitos humanos, sua imprescritibilidade, não concessão de anistia e punição se impõem, como mandamento imperativo do direito universal.

Conforme se pode verificar no caso *Araguaia*, trecho dessa decisão histórica:

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um "controle de convencionalidade" *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder

---

<sup>35</sup> E em outros casos julgados por essa Corte, como o caso *Barrios Altos y otros vs. Peru* de 2001, *La Cantuta vs. Perú* de 2006 e *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* também de 2006.

Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana<sup>36</sup>.

A Corte IDH em vários julgados também firmou sua jurisprudência no sentido de, as leis de anistia adotadas por alguns países, como o Brasil, com intuito de eximir da persecução criminal os agentes que praticaram crimes imprescritíveis, carecem de efeitos jurídicos, posto que incompatíveis com o direito convencional (internacional). Assim, os Tribunais destes países que adotaram leis de anistia (Chile, Peru, Brasil etc.), não realizaram o devido controle de convencionalidade dessas leis em relação a Convenção Americana, sendo incompatíveis com esta, sua invalidade é gritante, conseqüentemente seus efeitos inexistem. Conforme parágrafo 174 da sentença do Caso Araguaia:

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 ocorridos no Brasil consagrados na Convenção Americana.

Inexistem também, quaisquer dúvidas para a Corte IDH quanto ao entendimento de que, as ditaduras militares praticaram crimes de lesa-humanidade, tal posição, já se poderia depreender da leitura das normas da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Entretanto, sua jurisprudência esmagadora se orienta neste sentido, qual seja, que crimes de desaparecimento forçado de pessoas, tortura, perseguição por razões políticas, assassinatos, praticados por agentes públicos sob os auspícios do Estado contra a população civil, representam crimes imprescritíveis e não anistiáveis, razão pela qual, o Estado é obrigado a investigar, processar, e se for o caso, punir os autores, bem como indenizar as vítimas pelo aparelhamento criminoso do Estado. Tal entendimento se depreende da leitura dos parágrafos 171 e 172 da sentença do Caso Araguaia, como se lê abaixo:

Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas

---

<sup>36</sup> Sentença de 24/11/2010 do Caso Araguaia, parágrafo 176.

universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

Esta decisão da Corte Interamericana suplanta qualquer interpretação jurídica tendente a validar leis de anistia, elaboradas sobre o afã da hegemonia militar na sociedade brasileira e nos países latino-americanos que seguiram o mesmo caminho.

Passemos nesse momento, a analisar a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro em relação aos mesmos crimes. Podemos adiantar desde já que estranhamente a jurisprudência desta Corte contraria abertamente a jurisprudência da Corte Interamericana, desrespeitando a Convenção e conseqüentemente os direitos humanos, e manchando a reputação internacional (regional) do Brasil.

## **7. O STF e os crimes de lesa-humanidade.**

O STF, na figura de seus Ministros, vem posicionando-se de forma conservadora e paradoxal, em relação aos crimes de lesa-humanidade. Embora o país tenha ratificado vários tratados, incluindo o Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Tal afirmativa se justifica por várias razões. Nos ateremos a duas que nos parecem importantes, primeiro referente ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF) nº 153/2008 na qual se questionou a constitucionalidade da Lei de Anistia nº 6.683/79, e segundo, a negação do pedido de extradição nº 1362/2016 no dia 09/11/2016.

Em 21 de abril de 2008 o Conselho Federal Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) ajuizou no STF a ADPF 153 alegando a não recepção da lei de Anistia

pela Constituição Federal de 1988, e sua nulidade, segundo a jurisprudência da Corte IDH.

Em abril de 2010, a Suprema Corte brasileira julgou por maioria de votos, a improcedência da arguição, sustentando que a lei de anistia teria determinado de modo amplo, geral e irrestrito anistia tanto de vítimas, como de agentes públicos que cometeram crimes (como demonstrado acima). Como se lê no trecho do acordão do processo exarado pelos Ministros do STF:

Visto, relatado e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluzo, na conformidade da ata de julgamento ou das notas taquigráficas, por maioria, em julgar improcedente a arguição, nos termos do voto do relator...

O argumento foi que a lei de anistia brasileira foi fruto de um acordo político, uma conciliação nacional, o qual envolveu diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas. Acrescentou, ainda, o STF que, não caberia a este Tribunal reescrever a lei de Anistia, já que, competência do Poder Legislativo e não poderia avançar a competência constitucional daquele Poder.

Entretanto, o argumento de que se tratou de um acordo político, uma conciliação nacional, é tendencioso, para não dizer estapafúrdio. No sentido inverso, argumentou a Corte Interamericana que leis de autoanistia, ou anistia são carentes de efeitos jurídicos, por se tratarem de leis cujo objetivo principal é servir de obstáculo a persecução criminal e ao direito a justiça (conforme supracitado parágrafo 171).

O relator da ADPF 153, Ministro Eros Grau alegou em seu voto que, o Brasil não ratificou a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, que o costume internacional não pode, por força do princípio da legalidade, ser fonte de Direito Penal; e porque a obrigação de julgar explicitamente assumida pelo Brasil no âmbito interamericano só seria invocável em juízo, no âmbito da Corte IDH, no que atine a fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 que por essa razão tal convenção não se aplica a essa Corte.

Para alguns estudiosos, esse argumento referenda um dos paradoxos da Suprema Corte brasileira. Nas palavras de Deyse Ventura:

Antes de tratar dos problemas do costume internacional e da jurisprudência interamericana, comento que me causa certa graça supor que o princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade estaria condicionado à assinatura, ratificação e incorporação de uma convenção internacional por uma junta militar, em pleno ano de 1968, a mesma que, no ano seguinte, o de



1969, como já mencionei, emendou arbitrariamente a Constituição para instituir as penas de morte, prisão perpétua, de banimento e confisco. Tal postulado implicaria ter expectativas, em relação àquela ordem ditatorial, como se Direito ela fosse (...) <sup>37</sup>.

Com esta decisão, o STF emitiu uma mensagem clara, para as vítimas e seus familiares, não há justiça, não há crime quando o agente criminoso é o Estado, e para os torturadores e demais agentes criminosos a blindagem legal e a impunidade, sejam os crimes de lesa-humanidade, ou crimes políticos e seus conexos.

Como já demonstramos ao longo desse trabalho, os crimes perpetrados durante a ditadura militar brasileira, segundo o direito universal (*jus cogens*) e o costume internacional caracterizam crimes de lesa-humanidade. A posição positivista (se basear apenas nas normas internas, tê-las como verdades absolutas), legalista e estatista manifestada pelo STF na ADPF 153 e em outros julgados, cuja matéria possui relação com bens jurídicos protegidos em nível internacional, remetem o país à posição de violador de direitos humanos na arena internacional.

Acertadamente conclui Deyse Ventura. “Logo, de modo geral, o STF aplica pouco e mal o Direito Internacional; ignora o grande debate contemporâneo sobre a internacionalização do Direito e o transconstitucionalismo; raramente ultrapassa os manuais mais batidos, não raro desatualizados, da doutrina internacionalista; praticamente despreza a jurisprudência internacional; e vale-se escassamente do Direito Comparado, quase sempre incorrendo, quando o faz, em grandes incompreensões dos sistemas jurídicos alheios.” Nessa perspectiva, o STF dá continuidade a uma postura conservadora, que pode ser definida como provincianismo jurídico<sup>38</sup>.

No seguindo caso, seguindo a sua jurisprudência, mais uma vez o STF se posicionou de forma conservadora, contrária aos direitos humanos na ótica internacional. Trata-se do recente julgamento do pedido de Extradicação nº 1.362/2014 de Salvador Siciliano, nacional argentino, apresentado ao Ministério das Relações Exteriores pelo governo da República Argentina, com base no Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Argentina, por força de ordem de prisão preventiva oriunda de juízo criminal de Buenos Aires. Pesava sobre o extraditando as acusações de participação, organização de associação criminosa ilícita, chamada Triple A, que

---

<sup>37</sup> VENTURA, Deyse. *A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional*. Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito do Estado* (Rio de Janeiro, Renovar) nº 17-18/2010, que autorizou sua reprodução nesta Revista. , p. 211.

<sup>38</sup> *A interpretação judicial da lei de anistia... op., cit., p. 204.*



operou entre os anos de 1973 a 1975 cuja ação para-policial se dedicou ao assassinato de toda militância de esquerda que tivesse uma atividade política pública, a eliminação dos comunistas e desafetos ao governo, mormente à ação de Lopez Rega, que cometeu sequestro de Mario Domingo Zidda, Antonio Mario Moses e Oscar Dalmacio Meza, por ocasião de atentar junto a um grupo de aproximadamente quinze pessoas armadas, deslocando-se em vários carros, contra o salão do Partido Socialista dos Trabalhadores<sup>39</sup>.

Neste julgamento, o então Ministro do STF Teori Zavascki, em seu voto sustentou que, embora se alegasse que os crimes praticados são de lesa-humanidade, logo imprescritíveis, na mesma linha do relator da ADPF 153 supracitada, segundo a qual, o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, por essa razão não está o país obrigado a aplicar tal convenção.

Justificou assim que, os crimes que recaem sobre o extraditando estão prescritos, segundo as regras prescricionais do ordenamento jurídico brasileiro, logo, pende sobre os mesmos cláusula de extinção da punibilidade, ao final votou pelo indeferimento do pedido de extradição, revogando a prisão cautelar do extraditando.

Assim mais uma vez, a jurisprudência do STF se firma em seu legalismo provinciano, preso a um positivismo exacerbado e ignora solenemente a jurisprudência da Corte IDH e o direito internacional em geral, esse conservadorismo relega ao Brasil mais uma mancha internacional. É importante lembrar que, ainda pende sobre o Estado brasileiro a obrigação de cumprir a sentença condenatória de 24/11/2010, proferida pela Corte Interamericana no caso Araguaia.

O processo de internacionalização dos direitos humanos iniciado pela Constituição Cidadã que elevou o país, de mero violador dos direitos humanos ao nível de protetor destes direitos, leva-nos a refletir sobre a proibição do retrocesso, considerando que, o Estado brasileiro não pode destoar do movimento internacionalista dos direitos humanos, nem da jurisprudência das Cortes internacionais as quais reconheceu competência e se submeteu jurisdicionalmente.

---

<sup>39</sup> Voto-vista do então ministro Teori Zavascki, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1362TZ.pdf> acesso em 16/01/2017.

## 8. A proibição do retrocesso como princípio máximo na Constituição Federal de 1988.

Para a doutrina, os direitos humanos se caracterizam pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de *efeito cliquet*, ou ainda, de princípio do não retorno da concretização, isto é, da vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente em casos de aprimoramentos e acréscimos<sup>40</sup>.

Esta característica está associada a outra que, a doutrina chama de *entrenchamento*, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos humanos, impedindo assim o retrocesso, que poderia ser materializado pela supressão normativa, ou pelo *amesquinamento ou diminuição* de suas prestações a coletividade<sup>41</sup>.

Observa-se que, a ideia de amesquinamento ou diminuição está diretamente relacionada à proibição de medidas cujo efeito poderá causar retrocesso aos direitos humanos, diminuindo ou suprimindo as suas garantias. Exatamente nesse sentido, é que pode se dizer que em alguns casos a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, por destoar da interpretação da Convenção de Direitos Humanos realizada pela CIDH, em certa medida ignorar o direito internacional (normas universais, *jus cogens*), seus julgados representam o amesquinamento das medidas protetivas dos direitos humanos, quando se trata de crimes de lesa-humanidade, imprescritíveis e não anistiáveis.

A proibição de retrocesso no ordenamento jurídico pátrio se depreende de alguns dispositivos constitucionais, a saber:

a) Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*), os atos praticados pelo estado devem respeitar os valores da cidadania, como liberdade e o devido processo legal bem como o direito de defesa;

b) Dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), esta norma constitucional também é princípio de direito, de modo que ninguém poderá ser tratado de forma que se sinta constrangido por ato do poder estatal nem de

---

<sup>40</sup>RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos de Humanos*. São Paulo- Saraiva, 2014., p. 89

<sup>41</sup>AGRA, Walber de Moura. O *entrenchment* como condição para a efetivação dos direitos fundamentais. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional: pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007 *apud* RAMOS, André de Carvalhos. *Curso de... p. 89*.

agente algum, o respeito ao ser humano deve ser a bandeira em todas as práticas;

c) Aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), os direitos fundamentais pela importância que possuem, sua aplicação se reque imediata para que não haja vialações ao seu conteúdo;

d) Proteção da confiança e segurança jurídica (art. 1º, *caput*, e ainda art. 5º, XXXVI – a lei não préjudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), os atos praticado por qualquer pessoa dentro as normas legais, não devem prejudicados de forma alguma, bem como o direito adquirido não sofrerá lesão alguma sem a possibilidade de reparação pelo agente infratos; e

e) Cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV- direitos e garantias individuais. Qualquer atos estatal tendente a abolir estes direitos é uma afronta a constituição e aos poderes por ela instituídos.

Esta proibição, também se aplica ao direito internacional, assim, com base no já citado art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, podemos concluir que tal proibição se estende aos tratados internacionais sobre direitos humanos. No mesmo sentido afirma André de Carvalho Ramos:

A proibição do retrocesso é característica também da proteção internacional dos direitos humanos, pois, “cristalizou-se no plano internacional, a chamada proibição do retrocesso, pela qual é vedado aos Estados que diminuam ou amesquinhem a proteção já conferida aos direitos humanos. Mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançados<sup>42</sup>.

Neste contexto, o princípio da proibição do retrocesso, como norma finalística que é, pretende que seu mandamento seja respeitado pelo interprete da lei, ou da Carta Política, de modos a não haver retrocesso das garantias protetivas nacionais e internacionais aos direitos humanos, que permitam a impunidade de crimes praticados sob o mando da ditadura militar, imprescritíveis pelas suas características, cuja anistia é impraticável, posto que ferem odiosamente a dignidade humana e a sociedade de modo geral.

---

<sup>42</sup>*Ibidem*, p. 90

## 9. Considerações Finais.

A pertinência da temática desenvolvida nessas linhas tem duplo sentido , por um lado demonstrar a importância de manter o debate sobre a omissão de verdades referentes a determinados atos praticados pelo poder público, por outro, revela a preocupação em relação ao resquício de autoritarismo, impunidade e desrespeito aos direitos humanos, que ainda assombram as nossas consciências, apesar de vivenciarmos transformações democráticas nos diferentes sectores da sociedade.

A compreensão de uma soberania mitigada permite enxergar além da fronteira do ordenamento jurídico a que se vincula o juiz ao aplicar a norma, bem como, nos possibilita aplicar sem reservas regras cujo carácter internacional as torna imperativa em determinadas circunstâncias.

Os tratados internacionais sobre Direitos Humanos firmados pelos Estados demonstram primeiro a necessidade de cooperar para a proteção e salvaguarda do ser humano, segundo, a imperatividade das normas que estes instrumentos veiculam, e dos valores que se propõem enaltecer, assim, a aplicabilidade de suas normas deve ser garantida independente do sistema ou forma de governo.

Por essa razão, a existências de regimes políticos ditatoriais ao longo da história não coadunou jamais com as exigências de normas, tanto interna como externas de proteção dos direitos humanos. A discordância desses sistemas, é o gatilho propulsor da necessidade de investigação, processamento e se for o caso, punição dos crimes ocorridos durante o regime militar no Brasil.

A humanidade elencou valores e princípios, os quais devem reger a sociedade, não se admitindo a agressão destes. A dignidade humana e as normas de *ius cogens*(direito cogente, imperativo), e o costume internacional inibem, ou devem ilidir qualquer violação aos direitos humanos, ainda que sua prática sistemática e organizada esteja aos auspícios do Estado contra a população civil.

Que os crimes praticados durante a Ditadura Militar brasileira, ofenderam valores universalmente protegidos, é uma constatação inequívoca, e como tal qualquer anistia é escusável, e incapaz de impedir a aplicação das normas imperativas que se impõem ao Estado, pois se tratam de crimes de lesa-humanidade, erigidos pela imprescritibilidade.

O Estado brasileiro ao ratificar tratados internacionais de proteção aos Direitos Humanos como o Pacto de San José da Costa Rica, o Estatuto de Roma e outros, se submeteu a jurisdição dos órgãos com competência jurídica desses instrumentos. Ou seja, o país avalizou a possibilidade de mitigação da sua soberania. Logo, a jurisprudência dessas instituições são de observância escrupulosa e obrigatória pelos tribunais locais.

Nesse sentido, é possível cogitar que a comunidade internacional comporta determinados valores, cuja prática deflui de normas de costume internacional, as quais se incorporam aos tratados tacitamente.

Posto isto, temos que a aplicabilidade das normas oriundas do costume internacional, também se revestem da imperatividade, característica das normas inseridas em tratados internacionais sobre Direitos Humanos. Assim, a aplicação da regra mais favorável à garantia desses direitos se impõe, bem como a realização do controle de convencionalidade.

Nesse sentido, a argumentação segundo a qual, o país não ratificou determinado tratado, e que por esse motivo, a proteção dos Direitos Humanos é impossível, não encontra sustentação no âmbito do direito internacional destes direitos, porque é vasta a jurisprudência internacional em sentido oposto.

Considerando o então exposto, é de extrema importância a materialização do controle de convencionalidade das leis no direito brasileiro, embora se considere um sistema em desenvolvimento entre nós, sua realização pelos tribunais poderá evitar interpretações distorcidas das normas convencionais, refletindo violações ao bloco dos Direitos Humanos.

Fato é que, se nos casos em que os tribunais nacionais, enfrentaram questões atinentes a crimes de lesa-humanidade, ADPF 153, Extradicação 1.362/2014, se realizassem um prévio controle de convencionalidade das leis, os resultados destes julgamentos possivelmente teriam desfechos diferentes dos que tiveram.

A contumaz inaplicabilidade da jurisprudência do direito internacional, em especial da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro, vem demonstrando o total despreço do Estado a proteção destes direitos. Reitere-se que o país já foi condenado pela mesma Corte no caso da guerrilha do Araguaia, e que ainda não cumpriu com a obrigação de fazer.

Portanto, com a efetivação do controle de convencionalidade pelos juízes dos tribunais nacionais, certamente teremos mais uma garantia para a prevalência

dos direitos humanos e a proibição do retrocesso, na medida em que, se fulminará de invalidez a norma que não guardar compatibilidade com os tratados internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo país. Acreditamos que, as instituições estatais e os atores sociais, têm toda a estrutura e capacidade para realizar as mudanças necessárias para a efetividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito brasileiro e regional.

## 10. Referências Bibliográficas.

CAMPANHOLE, Adriano e CAMPANHOLE, Hílton Lobo. **Atos Institucionais, Atos Complementares, Leis Complementares**. São Paulo: Editora Atlas, 1971.

MACHIIAVEL, Nicollò. **O príncipe**, tradução Equipe Escala de tradutores, coordenada por Ciro Mioranza - São Paulo, Escala Educacional (série Filosofar), 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, Malheiros Editores Ltda, 10 ed. São Paulo, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

VENTURA, Deyse. **A interpretação judicial da lei de anistia brasileira e o direito internacional**. Artigo originalmente publicado na Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, Renovar, nº 17-18/2010.

PORTO, Maria Stela Grossi. **Sociologia da violência: do conceito às representações sociais**. Brasília: Editora Francis, 2010.

GOMES, Luiz Flávio E MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Crimes da ditadura militar- uma análise à luz da jurisprudência atual da corte Interamericana de Direitos Humanos, Argentina, Brasil, Chile, Uruguai.**, São Paulo., ed. Revista dos Tribunais 2011.

WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**; prefácio Manoel T. Berlinck; tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 18º. ed. — São Paulo : Cultrix, 2011.

RUSSOWISKI, Iris Saraiva. **O controle de convencionalidade das leis: uma análise internacional e interna**. Revista do CAAP, Belo Horizonte. Nº 2, V. XVIII p. 61 a 96, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro v. 3 – Contratos e Atos Unilaterais**, 9º ed. São Paulo Saraiva, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**, 4º ed. Zahar Ltda, RJ 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 14º edição rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos de Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Direito à vida, anistias e direito à verdade**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014.

### **Site do STF**

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br) acesso em 18.02.2017

### **Site da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)**

[www.oas.org/pt/cidh](http://www.oas.org/pt/cidh) acesso em 18.02.2017

Lei nº **12.528** de 18 de novembro de 2011  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm) acesso em 18.09.2017.