

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE

CURSO DE DIREITO

GIANCARLO FERREIRA GIRELLI

**OS REFLEXOS DA NÃO RATIFICAÇÃO DA “CONVENÇÃO SOBRE A
IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A
HUMANIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO
DIREITO INTERNACIONAL.**

CRICIÚMA

2013

GIANCARLO FERREIRA GIRELLI

**OS REFLEXOS DA NÃO-RATIFICAÇÃO DA “CONVENÇÃO SOBRE A
IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A
HUMANIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO
DIREITO INTERNACIONAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para obtenção do grau de
bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientadora: Prof^a. Msc. Fátima Terezinha
dos Santos

CRICIÚMA

2013

GIANCARLO FERREIRA GIRELLI

OS REFLEXOS DA NÃO-RATIFICAÇÃO DA “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Internacional Público e Direito Penal.

Criciúma, 12 de dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Fátima Terezinha dos Santos – Msc. - UNESC - Orientadora

Prof. Dimas de Oliveira Estevam–Dr.–UNESC – Membro

Prof. Alfredo Engelmann Fliho–Esp.–UNESC – Membro

“De doze milhões de pessoas, dois mil desaparecidos não representam nada.”

General Augusto Pinochet

“O mundo é um lugar perigoso de se viver, não por causa daqueles que fazem o mal, mas sim por causa daqueles que observam e deixam o mal acontecer.”

Albert Einstein

RESUMO

Há muito já se discute sobre os diversos problemas que surgem no âmbito das relações internacionais. Para resolvê-los, elaboram-se documentos internacionais, consubstanciados em tratados, que criam direitos e deveres entre os Estados que a eles depositam confiança. Frente a isto, o presente trabalho tem como objetivo geral discorrer sobre os reflexos da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade” no ordenamento jurídico interno brasileiro, especialmente por ainda não ter sido ratificada. Este fato constitui o problema principal, questionando-se quais são os efeitos que podem surgir de uma convenção que não foi ratificada por um Estado. Para tanto, a título de objetivos secundários, estuda-se como se dá a elaboração de tais documentos, e quais os passos a serem seguidos para que sejam incorporados ao ordenamento interno esses tratados e convenções. Além disso, analisam-se os órgãos internacionais e o julgamento de conflitos, com especial atenção à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem competência para decidir casos em que ocorra afronta ou violação a direitos humanos, como é o caso *Gomes Lund e outros X Brasil*, mais conhecido como *Guerrilha do Araguaia*, confrontando a Lei da Anistia com normas de Direito Internacional. Com os estudos e análises empenhados, através de um método de abordagem dedutivo, bem como uma metodologia auxiliar histórico-política e técnicas de pesquisa teórico-bibliográfica, qualitativa e prescritiva, possibilitou-se inferir que, conquanto o Brasil não tenha ratificado a Convenção em análise, faz ele parte de outros diversos documentos que salvaguardam os Direitos Humanos. Portanto, a Corte determinou a invalidade da Lei da Anistia, a qual deixaria diversos criminosos sem punição, e outras diversas famílias sem esperança de justiça.

Palavras-chave: Tratados internacionais. Caso *Gomes Lund e outros X Brasil*. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. TRATADOS INTERNACIONAIS	10
2.1. O QUE SÃO TRATADOS?	10
2.2. COMO É A ESTRUTURA DE UM TRATADO?	11
2.3. FONTES DOS TRATADOS	13
2.4. TEORIAS QUANTO À HIERARQUIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL	15
2.5. CONDIÇÕES DE VALIDADE DOS TRATADOS	16
2.5.1. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969)	16
2.6. PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS	19
2.6.1. Os parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF/88	23
3. A “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”	28
3.1. CONTEXTO HISTÓRICO: AS DUAS GRANDES GUERRAS	28
3.2. A DECLARAÇÃO DE MOSCOU, DE 1943	32
3.3. O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL E SEU ESTATUTO	33
3.4. A “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”	37
3.4.1. Posições acerca da (im)prescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade	39
4. OS REFLEXOS DA “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE” NO BRASIL	43
4.1. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	43
4.2. LEI 6.683/79 (LEI DA ANISTIA) E ADPF 153	47
4.2.1. Lei da Anistia	47
4.2.2. ADPF 153	48
4.3. O CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA”	49

4.4. OS EFEITOS DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL.....	50
4.5. OS REFLEXOS DA NÃO RATIFICAÇÃO DA “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	55
5 METODOLOGIA	60
CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

Em meio a uma crescente e inevitável globalização, onde informações de todos os gêneros são transmitidas para o mundo inteiro em questão de segundos, faz-se importante analisar, no ordenamento interno, as informações que possuam cunho jurídico, através das normas de direito nacional e internacional.

Nesse sentido, é sabido que existem inúmeros órgãos internacionais que visam à solução pacífica de controvérsias ou conflitos que surgem, naturalmente, entre as nações.

Assim, como cada Estado é soberano, evidente é que cada qual deseje aplicar as suas normas no caso concreto. Entretanto, nem sempre os Estados possuem normas consonantes sobre determinado assunto, deixando, pois, pairar a dúvida acerca de qual legislação deverá ser utilizada.

Tendo isso em vista, verifica-se a necessidade da existência de um órgão julgador internacional, imparcial, superior e que busque a solução pacífica desses conflitos.

Diversos são os casos em que problemas entre duas ou mais nações são remetidos à apreciação e julgamento perante as cortes internacionais, por exemplo. Lá, devem elas analisar minuciosamente cada caso, visando a evitar que a discussão se transforme em algo mais sério. É por isso também, que são feitos tratados internacionais, a serem ratificados pelos países que com os termos daqueles concordarem, devendo, posteriormente, segui-las.

Todavia, há situações onde a norma interna entra em conflito com a de Direito Internacional. Assim, não se sabe qual delas se deve seguir, visto que, apesar de a nação ter ratificado o hipotético tratado, ela ainda está amparada pelo princípio da soberania. Nesse caso, o que se faz?

São várias indagações que aparecem e que não consegue se encontrar uma resposta absoluta, visto que a doutrina é discorde. Cabe, portanto, uma análise das normas internas e externas, das decisões que emanam dos órgãos internacionais e da doutrina a respeito, que ainda não alcançou o consenso.

Frente a essas considerações, em um primeiro momento, propõe-se um estudo relativo a tratados internacionais. O que são, como são, quais suas

funções, como entram em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, dentre outras indagações.

Subsequentemente, na segunda parte, discorre-se acerca das afrontas a Direitos Humanos a partir das Duas Grandes Guerras, acompanhando-se a instituição de Tribunais para julgamento de casos excepcionais. Ainda, analisa-se o Tribunal Militar Internacional, e seu Estatuto, para, posteriormente, se adentrar à Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade, e as posições acerca da (im)prescritibilidade desses crimes.

Já no capítulo final, explora-se a Lei 6.683/79, que concedia anistia aos autores de crimes contra a humanidade, durante o Regime Militar no Brasil, e a sua validade frente ao caso da *Guerrilha do Araguaia*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, faz-se uma análise dos reflexos da não-ratificação da mencionada Convenção no ordenamento jurídico brasileiro, à luz das normas de Direito Internacional, buscando-se alcançar a visão daquilo que os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos determinam ser a medida correta a ser tomada.

2. TRATADOS INTERNACIONAIS

Há muito tempo já se tem o conhecimento de que os conflitos que os seres humanos estão submetidos a sofrer podem transcender as fronteiras da sua nação. Assim, medidas efetivas devem ser tomadas, com intuito de dirimir esses problemas que eventualmente possam surgir. Daí a criação de normas e tratados internacionais.

A abrangência extraterritorial dos tratados se dá, e é por isso imprescindível, pelo fato de que duas normas de duas nações distintas podem, e ocorre com muita frequência, ser da mesma forma distintas. Desta feita, nunca seria possível encontrar uma solução para o problema, visto que a soberania de um estado é um princípio norteador do direito internacional. Não se consegue imaginar a situação em que um estado deixe de aplicar suas regras para aplicar as de outro.

Logo, para que o conflito seja exterminado, é necessário que exista uma norma – como um tratado internacional, por exemplo - cuja ratificação já tenha sido previamente realizada, à qual ambos os estados obedeçam, a fim de que se alcance a paz.

2.1. O QUE SÃO TRATADOS?

Inicialmente, deve-se entender o que é um tratado, que, nas palavras de Valério de Oliveira Mazzuoli, em seu Curso de Direito Internacional Público (2008, p. 157):

Trata-se da expressão genérica por natureza, eleita pela Convenção de Viena de 1969 para designar todo acordo internacional, bilateral ou multilateral, de especial relevo político, qualquer que seja sua denominação específica (art. 2º, § 1º, alínea a). O termo designa normalmente (mas não exclusivamente) os ajustes solenes concluídos entre Estados e/ou organizações internacionais, cujo objeto, finalidade, número e poderes das partes têm maior importância. São exemplos os tratados de paz, de amizade, de arbitragem, de cooperação, de navegação etc.

Hildebrando Accioly (2011, p. 156), no mesmo norte, juntamente com G.E. do Nascimento e Paulo Borba Casella, no Manual de Direito Internacional Público, complementa afirmando que tratado é “o ato jurídico por meio do qual

se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”. E finaliza explicando qual a abrangência deste termo. Veja-se:

Em outras palavras, tratado é a expressão genérica. São inúmeras as denominações utilizadas conforme a sua forma, o seu conteúdo, o seu objeto ou o seu fim, citando-se as seguintes: convenção, protocolo, convênio, declaração, *modus vivendi*, protocolo, ajuste, compromisso, etc., além das concordatas, que são os atos sobre assuntos religiosos celebrados pela Santa Sé com os estados que têm cidadãos católicos. Em todas essas denominações, o dado que se enfatiza é a expressão do acordo de vontades, estipulando direitos e obrigações, entre sujeitos de direito internacional. (ACCIOLY, 2011, p. 156)

Assim, embora tenham sido equiparadas tais denominações pela Convenção de Viena, como restou comprovado, verifica-se, em diversas ocasiões, a utilização de tais nomes como se não possuíssem o mesmo significado.

Antes de se adentrar ao próximo ponto, julga-se de extrema relevância, uma vez que se está analisando e explicando tratados, tecer algumas considerações acerca da estrutura mínima destes, visto que podem variar dependendo do caso, com o intuito de se visualizar, ainda que apenas mentalmente, como seria o corpo de um tratado.

2.2. COMO É A ESTRUTURA DE UM TRATADO?

Mazzuoli (2008, p. 165) inicia pelo *título*, “que indica a matéria tratada pelo acordo ou, mais amplamente, o *assunto* nele versado.”

A seguir, vem o *preâmbulo* ou *exórdio*, “que indica as partes contratantes, é dizer, os Estados ou as organizações internacionais que concluem o tratado, com a menção das credenciais dos representantes dos Estados.” (MAZZUOLI, 2008, p. 165)

Na sequência, aparecem os *considerandos*, que para o autor (2008, p. 165)

[...] indicam as intenções das partes em relação à celebração do acordo e também a eventual vinculação de tais partes com o acordado, sua compatibilidade com o regime convencional anterior etc. Por meio deles se enunciam os motivos e as finalidades do acordo, fazendo-se conhecer toda a filosofia da diplomacia que na sua conclusão esteve empenhada.

Após feitos os considerandos, faz-se o *articulado* (ou *dispositivo*),

[...] considerado a principal parte do instrumento convencional, composto por uma seqüência de artigos numerados, onde se estabelecem(em *linguagem jurídica*) todas as cláusulas de operatividade do acordo, variando sua extensão de tratado para tratado. Após o corpo do tratado e de suas disposições de direito subjetivo, seguem-se as *cláusulas finais* (de natureza adjetiva) relativas à ratificação e à troca de seus instrumentos, à sua entrada em vigor, à possibilidade de denúncia ou prorrogação, eventual prazo de vigência, possibilidade de adesão, de revisão etc. Depois do articulado é ainda de regra a menção do testemunho (“em fé do que...”) dos plenipotenciários relativamente ao acordo; (MAZZUOLI, 2008, p. 166)

Já com o articulado redigido, vem o *fecho*, que segundo Mazzuoli (2008, p. 166):

[...] especifica o local e a data da celebração do tratado, o idioma em que o mesmo foi redigido e o número de exemplares originais. Com a referência ao local e à data de celebração, o instrumento está apto a receber a assinatura do representante do Estado e o selo de lacre;

À guisa de conclusão, segue-se “a *assinatura* do Chefe de Estado, do Ministro das Relações Exteriores, ou de outra autoridade que tenha representado o Presidente da República na celebração do instrumento, desde que detentor dos plenos poderes”. (MAZZUOLI, 2008, p. 166)

Por fim, o *selo de lacre*, que, consoante lição do mesmo autor (2008, p. 166), é “onde se apõem as armas das altas partes contratantes, selando o compromisso entre elas.”

Tecidas as considerações acima, passa-se à análise da natureza jurídica dos tratados, que podem ser *tratados-lei* (ou *tratados normativos*) ou *tratados-contrato*.

Hildebrando Accioly (2011, p. 158) assim os explica:

Ainda quanto ao aspecto da natureza jurídica, a doutrina, sobretudo de língua alemã, no século XIX e início do XX, ainda propunha a divisão em *tratados-contratos* e *tratados-leis* ou *tratados-normativos*, em que os tratados-leis seriam, em geral, os celebrados entre muitos estados com o objetivo de fixar normas de direito internacional (as convenções multilaterais como as de Viena seriam exemplos perfeito desse tipo de tratado).

E Mazzuoli (2008, p. 174) complementa:

[...] tais tratados impõem às partes uma obrigação de conteúdo idêntico, fruto do acordo de vontades concordante e comum dos Estados (*Gemeinwillen*), sendo por isso considerados como “o

elemento medular da teoria do direito dos tratados”. Dessa forma, as partes assumem o compromisso de cumprir todo o acordado, de forma simultânea, o fazendo em homenagem à regra *pacta sunt servanda*. [...] Tais tratados não são obrigatórios senão para os Estados que os celebram. São, via de regra, tratados multilaterais, com possibilidade de ingresso de outros Estados que não participaram do seu processo de conclusão (possuem cláusula de adesão).

Em contrapartida, explica Valério Mazzuoli, que nos *tratados-contrato*,

As vontades das partes são *divergentes*, não surgindo, assim, a criação de uma regra geral e abstrata de Direito Internacional, mas a estipulação recíproca e concreta das respectivas prestações e contraprestações individuais com fim comum. Assemelham-se, pois, aos contratos de Direito interno. Cada uma das partes, aqui, tem em mira justamente aquilo que de bom pode lhe dar a outra. (2008, p.174)

Ainda, continua o autor, tais tratados dividem-se em executados e executórios. Desta forma,

Os primeiros correspondem àqueles já estudados tratados *transitórios*, os quais são executados imediatamente e criam situação jurídica estática. Os segundos correspondem àqueles também já estudados chamados de *permanentes*, assim considerados os que demandam atos executórios regulares e que se prolongam no tempo. (2008, p. 174-175)

Com isso em mente, em um primeiro plano, interessante analisar as fontes do direito internacional, entendidas por Accioly (2011, p. 144) como “os documentos ou pronunciamentos de que emanam direitos e deveres das pessoas internacionais configurando os modos formais de constatação do direito internacional”.

2.3. FONTES DOS TRATADOS

Na sequência, importante destacar que se dividem em duas as fontes: materiais e formais.

Nesse diapasão, o ilustre doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p. 96), com respeitável maestria, assim as explica:

As *fontes materiais* não pertencem ao universo da Ciência do Direito propriamente, mas sim à Política do Direito, porquanto – como leciona Miguel Reale – se refere ao exame do conjunto de fatores sociológicos, econômicos, ecológicos, psicológicos e culturais, que

condiciona a decisão do *poder* no ato de *edição e formalização* das diversas fontes do Direito. Constituem-se em *métodos* de criação das normas jurídicas de aplicação geral e têm efeito vinculante em relação aos atores aos quais se destinam. Assim, as fontes materiais são as que determinam a elaboração de certa norma jurídica, bem assim o seu sentido ou alcance, fazendo prova da existência dessas regras.

Segue o jurista:

Por outro lado, consideram-se *fontes formais* do Direito interno dos Estados a Constituição (se o país conta com uma), as suas leis devidamente elaboradas por processo legislativo, o costume, a analogia, a equidade, os princípios gerais de direito, bem como as reiteradas decisões dos tribunais (jurisprudência) naqueles países em que prevalece a doutrina do *stare decisis* (precedente judicial de caráter obrigatório). Denominam-se formais pelo fato de indicarem as formas pelas quais o direito positivo pode desenvolver-se para *atuar* e *se impor*, disciplinando as relações jurídicas. Emanam sempre de uma *autoridade*, que subordina a vontade dos súditos às suas deliberações. (2008, p.96-97)

Desta forma, conquanto diferenciadas e conceituadas as fontes, não se vislumbra de uma forma clara o que viriam a ser cada uma delas. Assim, para melhor elucidar o tema, traz-se o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (BRASIL, 2013), cujo teor é o seguinte:

1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
 - a) as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional como prova de uma prática geral aceita como direito;
 - c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

Espera-se, desta forma, que se tenha conseguido diferenciá-las no campo teórico, bem como no plano prático.

No mesmo norte, Accioly complementa explanando que uma questão *ex aequo et bono* vem a ser a aplicação da equidade se não houver norma regulamentadora e se as partes estiverem de acordo. (2011, p. 146)

Isto posto, passa-se à análise de tais fontes, a iniciar-se pelos tratados internacionais.

Mazzuoli (2008, p. 99-100) classifica-os como sendo:

[...] incontestavelmente, a principal e mais concreta fonte do Direito Internacional Público na atualidade, não apenas em relação à segurança e estabilidade que trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada dos Estados e das Organizações Internacionais, sem a qual não subsistiriam.

Ainda, atesta o autor que cabe destaque, como fontes do Direito Internacional *geral*:

os tratados *multilaterais*, concluídos por grande número de Estados para (1) declarar o seu entendimento sobre determinado Direito vigente, (2) para regulamentar *pro futuro* e de maneira nova sua conduta, ou ainda (3) com o fim de criar uma organização internacional, aos quais se atribui o nome de *tratados-normativos* ou *tratados-lei*. (2008, p. 100)

Por fim, completa o jurista, afirmando que “Os tratados internacionais são superiores às leis internas: eles revogam as normas domésticas anteriores que lhes sejam contrárias e devem ser observados pelas que lhes sobrevenham.” (MAZZUOLI, 2008, p. 100)

2.4. TEORIAS QUANTO À HIERARQUIA DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL

Neste momento, contudo, é relevante destacar as teorias - monista e dualista - que surgiram na tentativa de estabelecer qual a hierarquia que as normas de direito internacional possuem dentro de um ordenamento jurídico, que, no caso presente, é o brasileiro.

Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 67) explica com destreza as duas correntes existentes, iniciando pela dualista, da seguinte maneira:

Para os adeptos dessa corrente, o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do Direito Internacional (notadamente os tratados) não têm, para os

dualistas, qualquer influência sobre questões relativas ao âmbito do Direito interno, e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos. Segundo essa construção, [...] impossível seria a existência de qualquer antinomia entre eles.

Continua o autor: “Segundo a corrente dualista, ao Direito Internacional caberia, de forma precípua, a tarefa de regular as relações entre os Estados ou entre estes e as organizações internacionais, enquanto ao Direito interno caberia a regulação da conduta do Estado com seus indivíduos”. (2010, p. 67)

Com isso, avança-se ao estudo da segunda teoria, a monista, que defende o ponto inverso da dualista.

Nesta, cada norma é independente, é autônoma; naquela, Mazzuoli (2010, p. 72) afirma que ambas as normas “são dois ramos do Direito dentro de um só sistema jurídico. Trata-se da teoria segundo a qual o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer “transformação”, sendo esta traduzida pelo autor como “qualquer processo de incorporação formal das normas internacionais no ordenamento jurídico interno”.

2.5. CONDIÇÕES DE VALIDADE DOS TRATADOS

Com isso em mente, passa-se à verificação das condições de validade de um tratado, quais sejam: “a) partes capazes; b) agentes habilitados para tal; c) consentimento mútuo; e d) objeto lícito e possível”. (ACCIOLY, 2011, p. 159)

De acordo com o art. 6º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CONVENÇÃO DE VIENA, 2013), de 1969, “todo estado tem capacidade para concluir tratados”.

Cabe, doravante, tecer importantes considerações acerca da convenção acima citada, para, após, retornarmos ao estudo das condições de validade dos tratados, visto que é de extrema relevância seu conteúdo no âmbito do Direito Internacional.

2.5.1. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (1969)

Mazzuoli (2008, p. 147) assim a define:

Chamada *lei dos tratados*, *código dos tratados* ou ainda *tratado dos tratados*, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre Estados, mas também preocupou-se em regular todo tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na arena internacional.

E completa:

Entre as regras basilares de direito das gentes reconhecidas pela Convenção, pode ser citada a regra *pacta sunt servanda* (art. 26) e o seu corolário segundo o qual o Direito interno não pode legitimar a não execução de um tratado (art. 27); recorda-se, ainda, o reconhecimento das cláusula *rebus sic stantibus*, que permite a denúncia de um tratado quando passa a existir uma mudança fundamental nas circunstâncias que tenham ocorrido em relação àquelas existentes ao tempo da estipulação do mesmo (art. 62), entre outras. (2008, p. 147)

Assim, enquanto Mazzuoli descreve a Convenção, Accioly (2011, p. 215) explica que ela

[...] aponta o “papel fundamental dos tratados, na história das relações internacionais”, reconhece a importância, cada vez maior, dos tratados, como fonte de direito internacional, e como meio de desenvolver a cooperação pacífica entre as nações, quaisquer que sejam os seus sistemas constitucionais e sociais.

E finaliza, complementando a lição de Mazzuoli, da seguinte maneira:

Os princípios do livre consentimento e da boa-fé, bem como a norma *pacta sunt servanda* são universalmente reconhecidos. As controvérsias relativas aos tratados, tais como outras controvérsias internacionais, devem ser solucionadas por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional. Nesse propósito se exprimiria a determinação, das Nações Unidas, em criar condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito à obrigações decorrentes dos tratados. (2011, p. 215)

Destarte, conquanto não seja o objetivo precípua do presente trabalho, espera-se ter, ao menos, transmitido uma visão acerca da importância que tem, no âmbito jurídico internacional, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Segue-se, pois, às condições de validade de um tratado. Das quatro condições apresentadas, analisou-se apenas a primeira, qual seja a que exige partes capazes, passando-se, nesse momento, à análise das restantes.

Agentes habilitados, no caso do Brasil, remete à existência da chamada carta de plenos-poderes, que é assinada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. (MAZZUOLI, 2008, p. 179)

Sobre a carta de plenos poderes, explica, com mais minúcia, Mazzuoli:

O Presidente da República, na prática brasileira, quando expede uma *carta de plenos poderes* já faz saber ao governo estrangeiro ou organização internacional sede da celebração do tratado, que aquele seu plenipotenciário, que está ali na condição de *representante do governo brasileiro*, terá plenos poderes para *adotar e assinar* o tratado internacional em questão, condicionada a sua validade ao posterior *referendum* do Congresso Nacional e à ratificação do próprio Presidente da República. (2008, p. 180)

Assim, com tal documento em posse, combinado com a capacidade da parte, metade do caminho para ser válido o tratado já foi percorrido.

Na sequência, Hildebrando Accioly (2011, p. 161-162), faz um paralelo do consentimento mútuo com a Convenção anteriormente citada, senão vejamos:

A Convenção de Viena sobre direito dos tratados, de 1969, estipula em seu art. 11 que “o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado”, seguindo-se-lhes, nos artigos subsequentes, as seguintes modalidades de manifestação do consentimento: art. 12, “o consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado manifesta-se pela assinatura do representante desse estado”, com as respectivas hipóteses; art. 13, “o consentimento dos estados em se obrigarem por um tratado, constituído por instrumentos trocados entre eles, manifesta-se por essa troca”, com as respectivas hipóteses; art. 14, “ratificação”; art. 15, “adesão”; e a caracterização temporal, especificada no art. 16, “a não ser que o tratado disponha diversamente, os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão estabelecem o consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado”; art. 17, “o consentimento de um estado em obrigar-se por parte de um tratado só produz efeito se o tratado o permitir ou se outros estados contratantes nisso acordarem”, sem prejuízo dos artigos 19 a 23, que regulam “reservas” a tratado; e o art. 18, por sua vez, estipula as hipóteses em que “um estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado.”

Por fim, segue o jurista (2011, p.162) afirmando que “Em direito internacional, como ademais em direito interno, só se deve visar coisa materialmente possível e permitida pelo direito e pela moral.”

Deve, pois, versar sobre um objeto que não encontre barreiras legais (lícito) e que seja materialmente realizável pelas partes acordantes (possível).

Cumpridas essas quatro etapas, considera-se válido o tratado, ao passo que, inversamente, ou seja, na ausência delas ou de alguma(s) delas, torna-se inválido o mesmo, “podendo assim ser declarado pelos tribunais internacionais competentes.” (MAZZUOLI, 2008, p. 179)

Na sequência, deve-se explicar sobre os efeitos dos tratados em relação a terceiros. Accioly (2011, p. 163) cita em sua obra o brocardo latino *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* (coisa pactuada não pode causar danos nem vantagens a terceiros).

Contudo, algumas exceções a essa regra são apresentadas nos arts. 35 a 38 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, embora seja indispensável a aceitação do tratado pelo terceiro. Por exemplo, o art. 35 estipula que “uma obrigação nasce para um terceiro estado de uma disposição de um tratado se as partes no tratado tiverem a intenção de criar a obrigação por meio dessa disposição e o terceiro estado aceitar expressamente, por escrito, essa obrigação”. (grifo nosso) (CONVENÇÃO DE VIENA, 2013).

Em contrapartida, o art. 38 assim dispõe: “nada nos artigos 34 a 37 impede que uma regra prevista em um tratado se torne obrigatória para terceiros estados, como regra consuetudinária de direito internacional, reconhecida como tal”. (CONVENÇÃO DE VIENA, 2013). E assevera Accioly que “Assim, normas de direito internacional geral prevalecem mesmo diante da ocorrência de estipulação diversa em acordo”. (2011, p.163)

Subsequentemente, mister analisar a forma segundo a qual são formados os tratados; os passos que devem ser seguidos para tal.

2.6. PROCESSO DE FORMAÇÃO DOS TRATADOS

Sobre esse tema, Valério de Oliveira Mazzuoli (2008, p.177) leciona com maestria, senão vejamos:

Trata-se de estudar os tratados sob o ponto de vista formal, examinando-se detalhadamente todas as fases de sua celebração e

as implicações que essas mesmas fases têm na ordem jurídica interna dos Estados-partes. Não importa aqui perquirir qual o conteúdo (ou matéria) que versa o acordo, mas sim o procedimento pelo qual passa o instrumento celebrado, desde a sua conclusão até a sua entrada em vigor.

O autor divide em quatro etapas o processo de formação de um tratado:

[...] a) a das negociações preliminares e assinatura; b) a da aprovação parlamentar (referendum) por parte de cada Estado interessado em se tornar parte no tratado; c) a da ratificação ou adesão do texto convencional, concluída com a troca ou depósito dos instrumento que a consubstanciam; e d) a da promulgação e publicação do texto convencional na imprensa oficial do Estado. Esta última fase é apenas complementar às demais e visa dar aplicabilidade interna ao compromisso internacionalmente firmado. (MAZZUOLI, 2008, p.177)

Interessante acrescentar neste ponto, as inovações trazidas com o advento da Constituição Federal de 1988, visto que sobre ela passar-se-á a tratar. Das lições de Flávia Piovesan (2008, p.39), em livro intitulado “Igualdade, diferença e direitos humanos” extrai-se que:

Se, por um lado, esta Constituição reproduz tanto a antiga preocupação vivida no Império no que se refere à independência nacional e à não-intervenção como reproduz ainda os ideais republicanos voltados à defesa da paz, a Carta de 1988 inova ao realçar uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira. A orientação internacionalista se traduz nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, nos termos do art. 4º, incisos II, III, VIII e IX.

Assim, evidente fica o caráter humanitário que a Constituição de 88 optou por adotar, consagrando

o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Esse princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política ocntrárias aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2008, p.39-40)

Desta forma, com essas considerações, Accioly (2011, p. 164) complementa os requisitos de formação de um tratado acima esposados, aduzindo que

O artigo 11 da Convenção sobre o direito dos tratados estipula que “o consentimento de um estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meio, se assim for acordado”. A Convenção inovou nesse particular, pois, além de admitir a assinatura como meio de qualquer estado se obrigar por tratado, menciona algumas outras modalidades, levando em consideração certas peculiaridades de determinados países.

Quanto à aprovação parlamentar, no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal assim dispõe: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;” (VADE MECUM, 2011)

Segue Accioly, no que tange à ratificação, explanando que é ela

[...] o ato administrativo mediante o qual o chefe de estado confirma tratado firmado em seu nome ou em nome do estado, declarando aceito o que foi convencionado pelo agente signatário. Geralmente, só ocorre a ratificação depois que o tratado foi aprovado pelo Parlamento, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde essa faculdade é do Congresso Nacional. (2011, p. 165)

Completa Accioly (2011, p. 166-167), no que diz respeito ao depósito dos documentos, explicando que “Com efeito, o *depósito* é exigido, geralmente para tratados multilaterais, e estes requerem quase sempre certo número de depósitos, se não o de todas as partes contratantes, para sua entrada em vigor.”

E, sobre a troca de ratificações, afirma ser “usada para os tratados bilaterais” e que “consiste na permuta das respectivas *cartas de ratificação* de cada parte contratante.” (ACCIOLY, 2011, p. 167)

Mais adiante, já no que pertine à adesão ou aceitação, Accioly (2011, p.167) frisa que “Apenas os estados que assinaram qualquer tratado multilateral devem ratificá-lo; no caso de países que posteriormente desejarem ser parte nele, o recurso é a *adesão* ou a *aceitação*.”

E completa afirmando que ambas denominações são consideradas, hodiernamente, sinônimas, e que “A exemplo do que ocorre com os tratados

assinados, a adesão ou a aceitação é feita junto à organização ou ao estado depositário.” (ACCIOLY, 2011, p.167)

No que tange à publicação, Accioly (2011, p. 168) explana que:

A Carta das Nações Unidas determina, em seu artigo 102, que todo tratado ou acordo internacional concluído por qualquer Membro deverá, logo que possível, ser registrado no Secretariado e por este publicado, acrescentando que nenhuma parte num tratado não registrado poderá invocá-lo perante qualquer órgão das Nações Unidas.

Além disso, conforme lição de Alexandre de Moraes (2008, p. 738)

Os atos e tratados internacionais para serem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, em regra, necessitam de referendo do Congresso Nacional (CF, art. 49, I), via decreto legislativo e posterior edição de Decreto Presidencial, promulgando e publicando o ato/tratado, dando-lhe executoriedade [...].

No que toca à incorporação dos tratados na ordem jurídica interna brasileira, Moraes (2008, p. 691) completa:

São, pois, três fases para a incorporação de um ato ou tratado internacional em nosso ordenamento jurídico interno: *1ª fase*: compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais (CF, art. 84, VIII); *2ª fase*: é de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (CF, art. 49, I). A deliberação do Parlamento será realizada através da aprovação de um *decreto legislativo*, devidamente promulgado pelo presidente do Senado Federal e publicado; *3ª fase*: edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o ato ou tratado internacional devidamente ratificado pelo Congresso Nacional. É nesse momento que adquire executoriedade interna a norma inserida pelo ato ou tratado internacional, podendo, inclusive, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade.

Assim, cumpridas as quatro etapas de formação, pode-se considerar o tratado como devidamente formado.

Mazzuoli ainda faz um adendo, dividindo a primeira e terceira fases (negociações e assinatura e ratificação) como *fases internacionais*, e as duas restantes (referendo parlamentar e promulgação e publicação) como *fases internas*, visto que são realizadas, de fato, nos respectivos âmbitos. (2008, p. 178)

E atesta que:

A conjugação das fases internacionais com as fases internas de celebração de atos internacionais faz nascer um procedimento complexo dos poderes da União, onde se agregam a vontades do Poder Executivo [...] e do Poder Legislativo [...] para a perfeita formalização do acordo, o que dá um viés seguramente mais democrático ao processo de celebração de tratados. (2008, p. 178)

Não fosse apenas isso, Valério de Oliveira Mazzuoli assevera:

Quando regularmente concluídos, os tratados ingressam no ordenamento jurídico interno com vida própria e com sua roupagem original de *tratados*, e nessa qualidade revogam a legislação anterior incompatível, tal como faria uma lei superveniente. E além de revogarem a legislação interna incompatível, tal como faria a norma posterior relativamente à anterior, devem também os tratados serem observados pelas demais que lhe sobrevenham. Mas frise-se que os tratados incorporados ao direito nacional não são *leis* (como se costuma geralmente dizer) e a estas não podem eles ser equiparados; são atos internacionais *aplicados* internamente *como se fossem leis*. [...] Com a promulgação do texto convencional os instrumentos internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro passam a ter *força de norma interna*, com hierarquia superior à lei, pelo simples motivo de não poderem ser revogados por lei posterior [...] Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que consideramos *especiais*, por sua vez, ingressam no nosso ordenamento com índole e nível de normas constitucionais, em virtude da regra do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988 [...]. (2008, p. 178-179)

Infere-se, pois, daí, que a força normativa dos tratados, sejam eles sobre direitos humanos ou não, é, ao menos, hierarquicamente superior às leis ordinárias, quando não possuem força de norma constitucional.

2.6.1. Os Parágrafos 2º e 3º do art. 5º da CF/88

Sobre esse assunto, importante abrir-se um parêntese para se explicar o dispositivo constitucional supracitado, bem como o §3º, do art. 5º, da CF, que, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004, conferiu aos tratados sobre direitos humanos força de emenda, quando aprovados pelos mesmos requisitos necessários à EC, previstos no art. 60, §2º, da CF.

Expõe este dispositivo: “§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.” (VADE MECUM, 2011)

Inicialmente, vejamos o §2º, do art. 5º, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “§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.” (VADE MECUM, 2011)

É nesse norte que Mazzuoli (2008, p. 750) afirma que:

Com base nesse dispositivo, que segue a tendência do constitucionalismo contemporâneo, sempre defendemos que os tratados internacionais de direito humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata, não podendo ser revogados por lei ordinária posterior. E a nossa interpretação sempre foi a seguinte: se a Constituição estabelece que os *direitos* e *garantias* nela elencados “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil “se incluem” no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.

E finaliza:

É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional “não excluem” outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais instrumentos passam a assegurar outros direitos e garantias, a Constituição “os inclui” no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade”. (2008, p. 750)

Tal entendimento, entretanto, não é pacífico, como depreende-se da doutrina de Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 555), senão vejamos: “Pelo art. 5º, §2º, da Carta Magna, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporam-se à ordem jurídica brasileira na qualidade de *atos normativos infraconstitucionais*, entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.”

Após apresentar alguns julgados, finaliza: “Certamente, os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam na ordem jurídica como leis ordinárias.” (BULOS, 2008, p. 555)

Alexandre de Moraes (2008, p. 738), ainda que não com os mesmos argumentos, chega à mesma conclusão:

Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art. 5º, §2º), não minimizam

o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo, pois, sempre ser interpretados com as limitações impostas constitucionalmente.

E completa seu raciocínio:

Conclui-se, portanto, pela supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais, mesmo que devidamente ratificados pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I) e promulgados e publicados pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII), e, conseqüentemente, plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade. (2008, p. 738-739)

Importante destacar o conteúdo do art. 84, VIII, da CF, que prevê como competência privativa do Presidente da República: “VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.” (VADE MECUM, 2011)

Logo, dessume-se dos argumentos acima esposados que os doutrinadores, especialmente os de Direito Internacional e Direito Constitucional, não estão em consenso quanto ao tema, visto que a Carta Maior expõe algo que dá margem à diferentes interpretações.

Ademais, embora a posição vigente no STF seja a de que tratados internacionais, sob o disposto no §2º, do art. 5º, da CF, têm hierarquia de leis ordinárias, acompanha-se, com o devido acatamento aos juristas de opinião divergente, a argumentação de Valério Mazzuoli.

Passa-se, agora, às considerações acerca do §3º, do art. 5º, da CF, cujo teor é: “§ 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.” (VADE MECUM, 2011)

Valério Mazzuoli aponta problemas em tal dispositivo introduzido pela EC 45/2004, senão vejamos:

Não obstante ter tido o art. 5º, §3º da Constituição um aparente bom propósito, o certo é que se trata de dispositivo incongruente. Se sua intenção foi colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar. (2008, p.754)

Segue o jurista afirmando que:

Esta alteração do texto constitucional, que pretendeu pôr termo ao debate quanto ao *status* dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de

compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa-vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara. (2008, p. 755)

E, não obstante seu evidente inconformismo com a alteração, cita um trecho da obra “Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI”, de Antônio Augusto Cançado Trindade que corrobora seus argumentos:

Os triunfalistas da recente Emenda Constitucional nº45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna – ou, ainda menos, de *interna corporis*, - são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas [...], que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. (2008, p. 755)

Após todas essas considerações acerca do equívoco, se desta forma pode ser chamado, cometido pelo legislador na elaboração de tal dispositivo, mais uma incongruência surge, cuja explicação é feita de maneira ímpar por Valério Mazzuoli.

O professor de Direito Internacional assim finaliza sua indignação:

A redação do dispositivo induz à conclusão de que apenas as convenções aprovadas pela maioria qualificada que estabelece teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que traz a possibilidade de alguns tratados, relativamente a esta matéria, serem aprovados sem este *quorum*, passando a ter (aparentemente) valor de norma infraconstitucional, ou seja, de mera lei ordinária. Como o texto proposto, ambíguo que é, não define quais tratados deverão ser assim aprovados, poderá ocorrer que determinados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, aprovados por processo legislativo não qualificado, acabem por subordinar-se à legislação ordinária, quando de sua efetiva aplicação prática pelos juízes e tribunais nacionais (que poderão preterir o tratado a fim de aplicar a legislação “mais recente”), o que certamente acarretaria a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. (2008, p. 756)

Nesse diapasão, é completamente possível que um tratado “X” sobre direitos humanos adentre ao ordenamento jurídico brasileiro através da forma prevista no art. 5º, §3º, da CF, ou seja, com força de emenda constitucional; ao

passo que outro tratado “Y”, também sobre direitos humanos, por isso não menos importante, seja recepcionado com força de lei ordinária tão-somente.

O que quer-se dizer é que tal incongruência é exacerbada e quando se está diante de casos que lidem com direitos humanos, deve prevalecer a norma que resguarde tais direitos com maior força, aplicabilidade, eficiência e abrangência – o que, na esmagadora maioria das situações, é a norma internacional.

Não se deve olvidar, da mesma forma, a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade, no seu Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, volume I, (2003, p.80), que nos expõe:

O processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de sucessivos e múltiplos instrumentos internacionais de proteção e sua operação concomitante, nos planos regional e global, fêz com que se cristalizasse em definitivo o ideal comum de todos os povos (a “meta a alcançar”, o “*standard of achievement*”), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos (a Declaração Universal de 1948 e os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966) complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados “setoriais” de proteção e de convenções regionais, e consagrado ademais nas Constituições nacionais de numerosos países.

E finaliza:

Reconhecido como um ideal comum este conjunto de valores e preceitos básicos, consubstanciado em um conjunto de normas jurídicas, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, presentes nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.(2003, p.81)

Desta forma, e com todos os argumentos em prol da proteção nacional e internacional dos direitos humanos, passa-se a uma análise minuciosa da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade”, de 1968, precipuamente, e, subsidiariamente, outros tratados internacionais que versem sobre a defesa dos direitos humanos.

3. A “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”

3.1. CONTEXTO HISTÓRICO: AS DUAS GRANDES GUERRAS

Muito se ouve e se comenta acerca das atrocidades cometidas contra os seres humanos durante as Duas Grandes Guerras de que o século XX foi espectador.

A Primeira Guerra Mundial, que iniciou em 1914, mais precisamente no dia 28 de junho, nas palavras de Dietrich Schwanitz, em sua obra “Cultura Geral: tudo o que se deve saber” (2007, p. 148-149) ocorreu quando:

[...] o terrorista sérvio Gavrilo Princip assassinou a tiros o herdeiro do trono austríaco, o arquiduque Francisco Ferdinando, e sua mulher, quando esses se encontravam numa visita a Sarajevo. O governo alemão (o imperador, o chanceler imperial Bethmann-Hollweg, altos funcionários e militares) viu nesse fato uma boa oportunidade para mudar a situação mediante um confronto militar. Por isso, a Áustria foi pressionada a reagir rápida e agressivamente. [...] Desse modo, no dia 23 de julho, a Áustria entregou aos sérvios um ultimato, cujo teor extremamente rigoroso obrigou-os a recusá-lo. Só então as autoridades alemãs tomaram conhecimento do cronograma austríaco: era preciso esperar a resposta dos sérvios, depois romper as relações diplomáticas e mobilizar o exército, o que demorou catorze dias, para finalmente declarar a guerra. Mas isso poderia permitir a outras potências que servissem de mediadoras para neutralizar a crise. Por isso, os alemães obrigaram os austríacos a uma declaração de guerra imediata, o que ocorreu no dia 28 de julho, exatamente um mês depois do atentado. Assim, a sorte foi lançada, pois os acordos das alianças e os planos de mobilização foram automaticamente acionados, e os militares assumiram o comando.

Assim, portanto, deu-se o início do conflito que, até então, teve o maior número de baixas já registrado.

Mais adiante, ao se encaminhar para o fim da 1ª Guerra Mundial, com o colapso da Alemanha, Schwanitz (2007, p.152-153) explica:

Desde o início da guerra, a Inglaterra havia imposto um bloqueio marítimo contra a Alemanha, e esta revidou com um bloqueio contrário, por meio de submarinos. Quando os ingleses resolveram intensificar o bloqueio, os alemães declararam a guerra irrestrita de submarinos, na qual até navios americanos foram afundados. Isso deu ao presidente Wilson um pretexto para declarar guerra à Alemanha, em abril de 1917. Esse fato, por seu lado, decidiu a guerra em favor dos aliados. Em 1918, uma ofensiva alemã fracassou, e, quando os ingleses lançaram mão dos seus tanques de guerra, os aliados conseguiram atravessar as linhas alemãs. Atormentado pelo

medo de que o exército alemão pudesse desintegrar-se, o general Ludendorff tentou convencer o governo a pedir um cessar-fogo. Em Berlin, logo foram lembrados os catorze princípios proclamados pelo presidente americano para uma paz justa, sem vencedores nem vencidos; além disso, admitiram-se socialdemocratas no governo, democratizou-se a constituição e, em 3 de outubro, solicitou-se um cessar-fogo. A notícia provocou um choque na linha de frente alemã e em casa, porque até o último momento a propaganda do governo anunciara que a vitória final estava próxima. Esse colapso inexplicavelmente repentino, sem que a linha de frente tivesse realmente desmoronado e o país tivesse sido ocupado, fez com que mais tarde surgisse a lenda da punhalada pelas costas: o exército não fora vencido no campo de batalha, mas os judeus e os bolcheviques haviam traído os alemães.

Assim, com o fim da guerra, em 11 de novembro de 1918 é assinado o armistício que pôs fim à Guerra, conforme atesta Luiz Felipe Gondin Ramos, em sua monografia intitulada “Tribunal Militar Internacional de Nuremberg análise histórica e legado jurídico” (2013).

Pouco mais de meio ano depois, em junho de 1919 é assinado o Tratado de Versailles, com o intuito de responsabilizar, julgar e punir os culpados por ela. O art. 231 do Tratado de Versalhes assim dispõe:

As Potências Aliadas e Associadas declaram e a Alemanha reconhece que a Alemanha e os seus aliados são responsáveis, por deles ter sido a causa, por todas as perdas e por todos os prejuízos sofridos pelas Potências Aliadas e Associadas e pelos seus nacionais em consequência da guerra, que lhes foi imposta pela agressão da Alemanha e dos seus aliados. (RAMOS, 2013)

Percebe-se, pois, que a responsabilidade foi direcionada à Alemanha e seus aliados, devendo todos serem punidos pelas atrocidades que cometeram, bem como restituir os prejuízos que dela advieram.

Ademais, entende-se pertinente a exposição dos arts. 227 e 228 do mencionado tratado, a fim de se verificar quais as medidas nele previstas para que a punição dos responsáveis fosse efetivada, veja-se:

Art. 227. As Potências Aliadas e Associadas acusam Guilherme II de Hohenzollern, eximperador da Alemanha, por ofensa suprema contra a moral internacional e a autoridade sagrada dos tratados.

Um tribunal especial será formado para julgar o acusado, assegurando-lhe garantias essenciais do direito de defesa. Ele será composto por cinco juízes, cada qual indicado pelas seguintes Potências, nominalmente: Estados Unidos da América, Grã-Bretanha, França, Itália e Japão.

O Tribunal julgará com motivos inspirados nos princípios mais elevados da política entre as nações, com a preocupação de assegurar o respeito das obrigações solenes e dos engagements internacionais, assim como da moral internacional. Caberá a ele determinar a pena que estima que deva ser aplicada.

As potências aliadas e associadas encaminharão aos governos dos Países Baixos uma petição solicitando a entrega do ex-imperador em suas mãos para que seja julgado.

Art. 228. O Governo alemão reconhece o direito das Potências Aliadas e Associadas perante tribunais militares para trazer pessoas acusadas de terem cometido atos de violação das leis e costumes da guerra. Essas pessoas deverão, se consideradas culpadas, serem condenadas a penas previstas por lei. Esta disposição aplicar-se-á sem prejuízo de qualquer processo ou acusação perante um tribunal na Alemanha ou no território dos seus aliados.

O Governo alemão deve entregar às Potências Aliadas e Associadas, ou a um deles, como lhe for requerido, toda e qualquer pessoa acusada de cometer ato em violação das leis e costumes da guerra, a serem especificados por nome ou posto, cargo ou emprego, que se encontrar sob custódia das autoridades alemãs. (RAMOS, 2013)

Assim, vislumbra-se as ações que tiveram que ser implementadas para que se efetivasse a punição da Alemanha e seus aliados.

As punições impostas contra a Alemanha foram tão severas que o país passou por momentos de superinflação e revolta popular. Com essa insatisfação, e consquente instabilidade político-financeira, foi aberta a porta para que alemães como Adolph Hitler, alguns anos mais a frente, assumisse o poder da Alemanha. Dietrich Schwanitz (2007, p. 154) assim descreve a situação:

A Alemanha foi amputada, sofreu a humilhação de ser considerada culpada pela guerra e foi sobrecarregada com o pagamento de indenizações, que levaram o país ao desespero, atiçaram o ódio aos vencedores e, ao mesmo tempo, arruinaram a economia mundial. [...] Mas o fato determinante foi que os perturbados aliados conseguiram [...] que os alemães identificassem a jovem república com a derrota, e o Império com os tempos áureos. [...] Nenhum político poderia ter a coragem de não defender a revisão do Tratado de Versalhes. Foi ele um dos mais importantes motivos para a burguesia não se identificar com a nova democracia, e, ao lado da crise econômica mundial, foi a causa principal da escalada do nacional-socialismo.

Após algumas considerações feitas sobre a Primeira Guerra Mundial e suas repercussões, seguindo-se uma linha cronológica de raciocínio, certos pontos devem ser destacados relativamente à Segunda Guerra Mundial.

Para fazer uma breve introdução ao tema, pegam-se, novamente, emprestadas as palavras de Dietrich Schwanitz (2007, p. 168):

No dia 1º de setembro de 1939, as tropas alemãs entraram na Polônia sem declarar guerra e iniciaram a Segunda Guerra Mundial. Essa se tornou possível porque Stálin havia firmado com Hitler um pacto de não-agressão, no qual ambos dividiriam a Polônia entre si. Os comunistas e os socialistas não pouparam malabarismos para justificar os motivos de Stálin. Na realidade, ele quis jogar as potências

capitalistas umas contra as outras, pois a Inglaterra encerrara a sua política do apaziguamento (*appeasement*) e, junto com a França, deram à Polônia uma garantia de assistência militar. Mas era tarde demais para segurar Hitler. Então, depois do seu ataque, a Inglaterra e a França declararam guerra à Alemanha.

Deu-se, assim, o início da Segunda Guerra Mundial.

A comando de Hitler, a Alemanha, e os países do eixo, principalmente Japão e Itália, com Hirohito e Benito Mussolini a suas frentes, respectivamente, invadiram dezenas de nações, dizimaram milhões de vidas e praticamente conquistaram a Europa inteira.

Se a 1ª Guerra Mundial contou com atrocidades nunca antes vistas, não existe um termo exato para definir as crueldades cometidas durante a 2ª Guerra. É o que Joanisval Brito Gonçalves, em sua obra “Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no Direito Internacional” (2001, p. 60-61), explica com clareza:

No contexto da II Guerra Mundial, tem-se um conflito significativamente marcado por inovações em termos de combate. Nunca houvera antes uma guerra naqueles moldes. Mesmo a I Guerra Mundial, a guerra da era industrial, com todas as suas novidades, conservava características que mais a aproximavam dos conflitos do final do século XIX e início do século XX. [...] A II Guerra Mundial também seria marcado pela pior das consequências das inovações do conflito: novas violações às garantias fundamentais da pessoa humana foram postas em prática. Violências quase que inconcebíveis até então passaram a ser infligidas contra indivíduos, populações ou mesmo etnias inteiras. [...] Portanto, a Guerra de 1939-1945 foi marcada por novas modalidades de violências, que, de tão atroz, tornavam-se pouco previsíveis. E sob a ótica jurídica, salvo crimes de guerra específicos, as novas e drásticas violações eram tão absurdas, que não havia tipificação das mesmas no sistema jurídico internacional.

Percebe-se, desta forma, o nível de crueldade que se conseguiu atingir durante os anos de 1939 e 1945, ainda mais por terem sido cometidos crimes que não possuíam amparo legal, portanto, não tipificados.

Crimes raciais, religiosos, políticos, ideológicos foi o que mais se observou. A ideia de “germanizar” o mundo, da raça ariana e perseguição aos judeus, homossexuais, comunistas, dentre outras várias classes, foi realizada através de meios cruéis como a tortura, genocídio e escravidão, a fim de que fosse demonstrada a superioridade da raça alemã. (RAMOS, 2013)

Para por fim à guerra, os Estados Unidos, a comando do presidente Truman, sucessor de Roosevelt, decidiram jogar sobre o Japão a famosa e

letal bomba atômica. Finalmente, explica Schwanitz (2007, p. 172) “No dia 6 de agosto de 1945, um súbito e violento raio iluminou as cidades de Hiroshima e Nagasaki. Essas duas cidades desintegraram-se dentro dele. Havia começado uma nova era. Poucos dias depois, o Japão capitulava. Terminava a Segunda Guerra Mundial.”

Frente ao exposto, espera-se ter alcançado o objetivo de situar o leitor no tempo dos acontecimentos, para que os assuntos que a seguir serão tratados, fiquem mais fáceis de se compreender.

3.2. A DECLARAÇÃO DE MOSCOU, DE 1943

Aqui, para que se possa avançar, é imperioso, contudo, que se retorne ao ano de 1943, durante a 2ª Guerra.

Mais precisamente em outubro de 1943, frente às crueldades que estavam ocorrendo, foi realizada a terceira (de um total de quatro encontros) Conferência de Moscou, da qual nasceu a Declaração de Moscou. (RAMOS)

Esta declaração foi assinada em 1º de novembro do mesmo ano, na cidade de Moscou, e foi a pedra basilar para a formação do Tribunal Militar de Nuremberg. (GONÇALVES, 2007, p. 69)

Importante se faz mencionar a última parte da declaração supracitada, no que concerne às atrocidades cometidas (RAMOS):

(...) Ao acordar qualquer armistício com qualquer governo que possa ser estabelecido na Alemanha, os oficiais e praças alemães e membros do Partido Nazista que sejam responsáveis pelas atrocidades, massacres e execuções descritas acima ou que nelas tenham tomado parte consentânea serão reconduzidos aos países onde seus abomináveis atos foram cometidos, para que possam ser julgados e punidos conforme as leis destes países libertados e dos governos livres que ali sejam estabelecidos,

(...) Que aqueles que até o momento não banharam as mãos no sangue dos inocentes resguardem-se de adentrar o rol dos culpados, porque podemos afirmar que as Três Potências Aliadas os perseguirão até as mais longínquas regiões da terra e irão enviá-los de volta a seus acusadores, a fim de que seja feita justiça.

Esta Declaração é feita sem prejuízo dos casos dos principais criminosos de guerra, cujos delitos não tenham definição geográfica particular e que serão castigados por decisão comum dos governos aliados.

Vê-se, portanto, duas maneiras de repressão. Em primeiro lugar, atesta Joannisval Gonçalves (2001, p. 70),

[...] tem-se a repressão local, para os crimes individualizados, cometidos em um território específico. O julgamento destes criminosos seria feito pelas autoridades do lugar onde haviam praticado o delito e com base no direito comum daquela jurisdição. O segundo modelo e repressão diz respeito aos chamados “grandes criminosos de guerra”, cujos delitos não tinham definição geográfica específica. É por meio desse princípio que ter-se-á o ponto de partida para o Primeiro Julgamento de Nuremberg, o julgamento dos vinte e dois homens de Estado.

Segue o autor, no que tange à formação do Tribunal, explicando que:

Desde maio de 1945, o governo norte-americano, representado pelo juiz Robert Jackson, toma a iniciativa de propor aos governos francês, britânico e soviético a constituição de um tribunal militar internacional para julgar os grandes criminosos de guerra do III Reich, como previsto pela Declaração de Moscou. E, a 26 de junho de 1945, os representantes das Potências Aliadas se reúnem em uma Conferência em Londres para tratar deste assunto. A 6 de julho, o juiz Jackson anunciava que a Conferência havia chegado a um acordo, com base na proposição norte-americana, para o estabelecimento de um processo coletivo para os grandes criminosos de guerra, perante um Tribunal Militar Internacional. (GONÇALVES, 2001, p. 73)

E, para concluir, prossegue:

Uma vez acolhida pelas quatro Potências Aliadas – EUA, França, Reino Unido e URSS -, a proposta da Conferência de Londres culminou em um acordo dos quatro governos, a 8 de agosto de 1945, com o objetivo de “perseguir e punir os principais criminosos de guerra do Eixo na Europa”. Estabelecia-se o Estatuto do Tribunal Militar Internacional e fixavam-se as regras e princípios referente à sua organização, competência e procedimento. (GONÇALVES, 2001, p. 73-74)

Desta forma, com as informações acima esposadas, acerca da Declaração de Moscou, e a conseqüente constituição do Tribunal Militar Internacional, vê-se como medida salutar uma breve análise do Estatuto desse Tribunal.

3.3. O TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL E SEU ESTATUTO

Após a formação do Tribunal Militar Internacional, veio, naturalmente, a necessidade da elaboração de um estatuto que previsse sua competência, os procedimentos e sua organização no plano internacional.

Entende-se pertinente citar o que pode se chamar de preâmbulo do Estatuto, nos seguintes termos:

Considerando las declaraciones realizadas en su momento por las Naciones Unidas en relación con su intención de que los criminales de guerra sean conducidos ante la justicia; Y considerando que en la Declaración de Moscú de 30 de octubre de 1943 sobre las atrocidades cometidas por los alemanes en la Europa ocupada se hacía constar que aquellos funcionarios alemanes y los hombres y miembros del partido Nazi que hayan sido responsables de crímenes y atrocidades o hayan participado en los mismos con su consentimiento serán devueltos a los países en los que cometieron sus abominables actos para que puedan ser juzgados y condenados con arreglo a las leyes de esos países liberados y de los gobiernos libres que se crearán en dichos países;

Y considerando que se hizo constar que la citada declaración se hacía sin perjuicio de que pudiera haber casos de destacados criminales cuyos delitos no tengan una ubicación geográfica determinada y que sean castigados por decisión conjunta de los gobiernos aliados; POR CONSIGUIENTE, el Gobierno de los Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (de aquí en adelante "los signatarios"), actuando en defensa de los intereses de todas las Naciones Unidas y a través de sus representantes, debidamente autorizados a tal efecto, han concluido el presente acuerdo. (ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG, 2013)

Do trecho acima, depreende-se a finalidade precípua da criação do Estatuto e do Tribunal, qual seja, a apuração e julgamento dos responsáveis pelas atrocidades e crimes cometidos na 2ª Guerra Mundial.

Além disso, dispõe o preâmbulo que os responsáveis serão devolvidos aos países onde cometeram os crimes, para que lá sejam julgados, de acordo com as leis locais.

Esse Estatuto, como bem descreve Joanisval Gonçalves (2001, p. 74), “[...] é, sem dúvida, marco na codificação da lei penal internacional. Seu texto serviu de base para o Direito Internacional Penal do pós-II Guerra, sobretudo no que concerne a procedimentos para a instauração de tribunais para criminosos de guerra e respectivos julgamentos.”

Ainda, em sua obra, Joanisval Brito Gonçalves cita um trecho proferido pelo Juiz norte-americano Robert Jackson, cuja leitura é de grande valia:

“Pela primeira vez, quatro grandes nações entram em acordo, não somente sob o princípio da responsabilidade por crimes de guerra e outros delitos, mas também pelo princípio da responsabilidade individual por crimes cometidos contra a Paz... Se pudermos cultivar por todo o mundo a idéia de que fazer uma guerra de agressão conduz ao banco dos réus mais que às honras, teremos alcançado um grande progresso no que se refere à segurança e à paz.” (2001, p. 74)

Vislumbra-se, pois, a grandeza que representou a constituição de um Tribunal para julgar criminosos de guerra, almejando alcançar a paz e garantir a segurança.

Além disso, atesta Gonçalves (2001, p. 76) que no Estatuto estava prevista

[...] a punição para delitos até então inconcebíveis e, portanto, não tipificados no sistema jurídico anterior à II Guerra Mundial. [...] O Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg poderia ser sempre evocado quando, em conflitos futuros, atrocidades semelhantes àquelas ali tipificadas viessem a ser cometidas. A influência destas novas normas seriam percebidas pelas cinco décadas seguintes, culminando na legislação penal internacional do século XXI: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, instituído pela comunidade das Nações em 1998.

Revela-se, portanto, de extrema importância não só a instituição do Tribunal, mas também a elaboração do seu Estatuto, que, para além de poder ser utilizado sempre que conflitos semelhantes venham a ocorrer, serviu de supedâneo para a legislação penal internacional do século XXI.

No que tange ao Tribunal, o art. 2º, do Estatuto (2013), prevê sua composição da seguinte maneira:

El Tribunal estará compuesto por cuatro miembros con un sustituto cada uno. Cada uno de los Signatarios nombrará a un miembro y a un sustituto. En la medida en que sea posible, los sustitutos asistirán a todas las sesiones del Tribunal. En caso de enfermedad de algún miembro del Tribunal o de quedar incapacitado para ejercer sus funciones por cualquier otro motivo, su sustituto ocupará su lugar.

Assim, o Tribunal é composto por quatro membros de cada um dos países signatários, sendo que cada membro possui um suplente.

Ademais, complementa Joanisval Gonçalves (2001, p. 77):

Os juízes eram inamovíveis enquanto durasse o Julgamento, não sendo permitido à Potência que designou um membro do Tribunal destituí-lo de suas funções durante o processo. Os magistrados, ao contrário dos membros dos diferentes Ministérios Públicos, seriam, em razão de seus cargos, tecnicamente “desnacionalizados” ou “supranacionais”. Com isso, buscava-se passar a idéia de que o Julgamento de Nuremberg deveria refletir a reação da Humanidade – e não apenas dos Quatro Grandes Aliados – contra as atrocidades cometidas pelos nazistas. Não pertencendo, tecnicamente, a nenhuma nacionalidade, os juízes de Nuremberg deveriam simbolizar todos os povos.

Buscou-se, destarte, uma forma de fazer com que os julgamentos fossem imparciais, a fim de que não surgissem dúvidas quanto à autenticidade das decisões.

Entretanto, como bem ressalta Joannisval Gonçalves (2001, p. 79),

Muito depois de Nuremberg ainda se perguntava porque o Tribunal não fora composto também por membros de países neutros, ou apenas por estes, ou ainda porque dele não pôde participar a própria Alemanha, que dispunha de magistrados de reputação internacional. Sem dúvidas, caso houvesse participação de árbitros neutros, o veredicto de Nuremberg seria menos questionável.

Além disso, no art. 12 do Estatuto (2013), observa-se que réus podem ser julgados e condenados “*in absentia*”, ou seja, à revelia, caso não sejam encontrados, ou conforme a discricionariedade do Tribunal:

Artículo 12

El Tribunal tendrá derecho a emprender acciones judiciales contra aquellas personas a las que se les imputen los crímenes que constan en el Artículo 6 del presente Estatuto *en su ausencia*, si dichas personas no han sido halladas o si el Tribunal estima necesario, por el motivo que sea, celebrar la vista en su ausencia en aras de la justicia. (grifo nosso)

Muito embora o julgamento por crimes dessa magnitude, à revelia, constitua uma afronta aos direitos fundamentais, não cabe aqui, porém, fazer juízos de mérito; se o Tribunal foi ou não imparcial. Cabe, apenas, como se procedeu, apresentar argumentos para a livre interpretação da (im)parcialidade do Tribunal e análise do Estatuto.

Todos esses crimes de guerra e de lesa-humanidade cometidos durante as Duas Grandes Guerras têm algo em comum, que é a repercussão internacional.

Ofensas aos direitos humanos são ilícitos gravíssimos que afetam a população mundial de uma maneira tão severa, que organismos internacionais estatuíram tratados sobre eles, explicitando quais são estes crimes, quem é competente para apreciá-los e julgá-los, a fim de que se consiga alcançar a paz mundial.

Tecidas essas considerações histórico-jurídicas, passa-se à análise, primeiramente, da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade”, e, secundariamente, de outros documentos e órgãos internacionais, que em vários aspectos são relacionados com os assuntos que foram expostos acima.

3.4. A “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”

Esta convenção, datada de 26 de novembro de 1968, entrou em vigor quase dois anos depois, em 11 de novembro de 1970. Isto se deu pelo fato desta convenção ter entrado em vigor após um prazo legalmente fixado, contando com um número mínimo de assinaturas ou, em outras palavras, aderentes.

É isso que o art. 8º da Convenção (2013) prevê. Veja-se:

ARTIGO 8º

§1. A presente Convenção entrará em vigor no *nonagésimo dia após a data do depósito* junto ao Secretário- Geral da Organização das Nações Unidas *do décimo documento de adesão ou ratificação*. (grifo nosso)

Isto posto, passa-se ao estudo dos crimes que, conforme o art. 1º da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade”, são considerados imprescritíveis:

Artigo 1º. São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na Convenção de Genebra de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos. (CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE, 2013)

Os crimes elencados na Convenção, embora sejam de uma crueldade imensurável, aconteceram repetidas vezes e continuam ocorrendo, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Estas condutas merecem uma análise mais aprofundada, a fim de que se defina, e consiga-se posteriormente distinguir, aquelas que são, conforme a

Convenção, imprescritíveis, daquelas que não estão nela previstas, e, por isso, estão sujeitas ao instituto da prescrição.

Retorna-se, portanto, às disposições do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, para verificar os crimes de guerra e de lesa-humanidade que devem ser classificados como dotados de imprescritibilidade.

O Estatuto (2013), em seu art. 6, elenca quais são os crimes contra a paz, de guerra e atentatórios à humanidade e têm competência do Tribunal Militar Internacional. Veja-se:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal:

(a) CRIMENES CONTRA LA PAZ: A saber, planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o una guerra que constituya una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participar en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados;

(b) CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes;

(c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.

Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

Com isto em mente, torna-se mais clara a abrangência do conceito de crimes imprescritíveis.

Percebe-se, pois, em um primeiro momento, que os crimes abarcados pela Convenção em estudo não são passíveis de prescrição, visto que, além de previstos na Convenção como tais, ferem não só as vítimas e seus familiares, como também a consciência universal, levando-se em consideração a crueldade dessas condutas.

No entanto, em um segundo plano, podem surgir, e, de fato, surgem argumentos na doutrina, muito bem embasados, frise-se, que põem em dúvida se tais crimes devem ser imprescritíveis ou não.

Frente a esse impasse, vê-se necessário analisar ambas as situações, a fim de que cada um possa construir a opinião que melhor lhe convier.

3.4.1. Posições acerca da (im)prescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade

Sobre essas espécies de crimes, o penalista Luiz Flávio Gomes, em seu artigo “Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade (Parte III)” (2013) assim se pronuncia:

Os crimes contra a humanidade (cometidos no nazismo e nas ditaduras militares) assim como os crimes de genocídio não podem ser tratados como crimes comuns (ou políticos). São crimes que ostentam um excepcional grau de crueldade e de tortura moral e física. À luz do *ius cogens* os primeiros (crimes contra a humanidade e genocídio) são imprescritíveis. O transcurso do tempo, nesses casos, não afasta a punibilidade dos delitos (que afetam de modo profundo a consciência universal).

O autor Roberto Lima Santos, citado por Eduardo Martins do Nascimento Junior em seu texto “O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade em face dos crimes da ditadura militar” (2013), afirma que a impunidade “impede a formação de uma memória coletiva para que a sociedade possa se preparar para o futuro, deixando (...) um contraditório sentimento que transita entre esquecer os horrores e o de se realizar a justiça”.

Na mesma linha, o penalista e Ministro do Interior da República do Peru, citado por Marlene Román, em seu artigo “Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” (2013), se manifesta no sentido de que “el principio de imprescriptibilidad únicamente se limita a los crímenes contra la humanidad, cometidos en tiempo de paz o de guerra.”

Ainda, destaca Román (2013), utilizando-se das palavras de Patricia Ziffer, doutora na Universidade de Buenos Aires, que “la prescripción sólo debe ser sacrificada en situaciones excepcionales, por cuanto resulta inadmisibile que la persecución de cualquier delito pueda ser efectuada sin límite alguno [...]”.

Por outro viés, René Ariel Dotti, doutrinador criminal, posiciona-se contra a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, alegando que ao adotá-la, estaria-se ferindo a Constituição Brasileira, na medida que, em seu art. 5º, XLVII, “b”, proíbe penas de caráter perpétuo, entendendo isto como “toda reação estatal contra o delito que configure uma ameaça eterna de sacrifício de bens jurídicos do infrator”. (2010, p.775)

Percebe-se que o autor relacionou sua posição contrária à imprescritibilidade de tais crimes a um dispositivo constitucional, que veda penas perpétuas. Entretanto, com o devido respeito, não se trata de pena perpétua, *ipsis litteris*, mas sim, da busca incessante pelo julgamento de um criminoso, cujo ilícito cometido restou impune ao longo dos anos.

Na mesma linha, Raul Eugênio Zaffaroni, em seu Manual de Direito Penal Brasileiro (2011, p. 645), em parceria com José Henrique Pierangeli, afirma que não parece existir fundamentação suficiente para a imprescritibilidade de crimes.

E, continua, explicando que:

Não existe na listagem penal crime que, por mais hediondo que se apresente ao sentimento jurídico e ao consenso da humanidade, possa merecer imprescritibilidade, máxime se atentarmos que as expectativas comunitárias de reafirmação da validade da ordem jurídica não perduram indefinidamente. (2011, p. 645)

Frente aos pontos que se contrapõem acima apresentados, entende-se que os primeiros argumentos, que defendem a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, são os que mais se aproximam da realidade, não havendo razões para deixar criminosos, com autoria e materialidade comprovadas, impunes.

Além do mais, o requinte de crueldade utilizado nesses crimes, e a própria natureza atroz inerente a neles, não poderiam ser simplesmente desconsiderados, de modo que estivessem sujeitos ao instituto da prescrição.

As organizações mundiais, por bem, obstaram que aqueles que cometeram esses delitos gravíssimos não fossem punidos, levando em consideração, também, a repercussão que teria, no plano internacional, a impunidade frente ao cometimento dessas atrocidades.

Não fosse só isso, os artigos 3º e 4º da Convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade (2013) dispõem:

Artigo 3º. Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar todas as medidas internas, de ordem legislativa ou outra, que sejam necessárias afim de permitir a extradição, em conformidade com o direito internacional, das pessoas visadas pelo "artigo 2º" da presente Convenção.

Artigo 4º. Os Estados Membros na presente Convenção obrigam-se a adotar, em conformidade com os seus processos constitucionais, as medidas legislativas ou de outra índole que sejam necessárias para *assegurar a imprescritibilidade dos crimes referidos nos "artigos 1º e 2º" da presente Convenção*, tanto no que diz respeito ao procedimento penal como à pena; abolir-se-á a prescrição quando vigorar por força da lei ou por outro modo, nesta matéria. (grifo nosso)

Desta feita, é obrigação dos Estados Membros adotar medidas efetivas para que a imprescritibilidade desses crimes seja concretizada.

Importante ressaltar que normas de direito internacional, especialmente aquelas que versam sobre direitos humanos, têm caráter supraconstitucional, como bem atesta o ilustre doutrinador Celso Albuquerque de Mello, citado em artigo de Lilian Emerique e Sidney Guerra (2013):

Inicialmente queremos lembrar que o Estado não existe sem um contexto internacional. Não há Estado isolado. A própria noção de Estado depende da existência de uma sociedade internacional. Ora, só há Constituição onde há Estado. Assim sendo a Constituição depende também da sociedade internacional. *Ao se falar da soberania do Poder Constituinte se está falando em uma soberania relativa e quer dizer que tal poder não se encontra subordinado a qualquer norma de Direito Interno, mas ele se encontra subordinado ao DIP de onde advém a própria noção de soberania do Estado.* (grifo nosso)

E prosseguem, ainda utilizando-se das lições de Celso Mello:

[...] o conflito entre o direito interno e o direito internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do direito internacional; que ocorre na prática internacional como nas hipóteses: uma lei contrária ao direito internacional dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um processo de responsabilidade internacional; uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior. (EMERIQUE; GUERRA, 2013)

Para o autor citado, tratados internacionais sobre direito humanos, prevalecem sobre as normas internas de um Estado, sendo hierarquicamente superiores que a própria Constituição Federal.

Portanto, se porventura um crime desses citados é cometido, o Estado Membro, assim entendido o Estados que ratificou a Convenção, fica compelido a certificar-se que a punição do criminoso seja realizada, não importando o tempo despendido desde o cometimento do ilícito, tampouco o que preveem suas normas internas.

Com essas informações em mente, avança-se à terceira e última parte do presente trabalho, onde analisar-se-ão, precipuamente, os reflexos da não ratificação expressa da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade” pelo Brasil no ordenamento jurídico brasileiro, relacionando-os à Lei 6.683/79, mais conhecida como Lei da Anistia, bem como o caso da “Guerrilha do Araguaia” e a decisão exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4. OS REFLEXOS DA “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE” NO BRASIL

4.1. A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, como já visto no capítulo anterior, vários documentos, a nível internacional, foram editados em prol da proteção dos direitos humanos e punição dos responsáveis em caso de descumprimento de tais normas.

É o que bem explica Flávia Piovesan, em anteriormente mencionada (2010, p. 51), realizada conjuntamente com Daniel Sarmiento e Daniela Ikawa:

Considerando a historicidade dos direitos humanos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Nas palavras de Thomas Buergenthal: “o moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.

Como haveria de ser, no âmbito interamericano não foi diferente.

Antônio Augusto Cançado Trindade, no terceiro volume de seu Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (2003, p. 30-32), de maneira clara, explica a evolução do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos:

No tocante à evolução do sistema interamericano de proteção em particular, podem-se hoje identificar cinco etapas básicas. A primeira, a dos antecedentes do sistema, encontrou-se marcada pela mescla de instrumentos de conteúdo e efeitos jurídicos variáveis (convenções e resoluções orientadas a determinadas situações ou categoria de

direitos). A segunda, de formação do sistema interamericano de proteção, caracterizou-se pelo papel solitariamente primordial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela expansão gradual das facultades da mesma. A terceira, de institucionalização convencional do sistema, evoluiu a partir da entrada em vigor (em meados de 1978) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A quarta etapa, que tem se desenvolvido a partir do início da década de oitenta, corresponde à consolidação do sistema, mediante, em primeiro lugar, a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, em segundo lugar, a adoção de novos instrumentos de proteção, a exemplo dos dois Protocolos Adicionais à Convenção Americana, respectivamente sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988) e sobre a Abolição da Pena de Morte (1990). A estes Protocolos somam-se as Convenções interamericanas setoriais, como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências (1999), ademais de outras iniciativas relevantes. Nos anos noventa ingressamos em uma quinta etapa, que corresponde à do fortalecimento – que se impõe em nossos dias – do sistema interamericano de proteção. [...].

Desta forma, se revela importante, ainda que de uma maneira resumida, esmiuçar essas etapas, destacando-se as bases para a formação do sistema de proteção interamericano.

Cançado Trindade (2003, p. 33) atesta que a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, foi a responsável pela formação das bases relacionadas à proteção de direitos humanos, no período anterior à adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969.

Segue o ex-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirmando que:

A Declaração Americana de 1948 proclamou os direitos nela consagrados como inerentes à pessoa humana, avançou – distintamente da Convenção Americana e de modo semelhante à Declaração Universal de 1948, - uma visão integral dos direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), e assinalou a correlação entre direitos e deveres. (2003, p. 33-34)

Já no que tange à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, vislumbra-se que foi instrumento fundamental à concretização da defesa dos direitos humanos. Cançado Trindade assim define seu papel:

A atuação da Comissão Interamericana, já bem antes da entrada em vigor da Convenção Americana, foi certamente um elemento decisivo para a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Até 1975, por exemplo, tinha a Comissão examinado mais de 1.800 comunicações sobre direitos humanos, obra considerável

para um órgão até então operando solitariamente, sem que a Convenção tivesse entrado em vigor. (2003, p. 42-43)

Na sequência cronológica, constituiu marco importante na evolução do sistema de proteção a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que entrou em vigor em meados de 1978. Ela “corresponde à institucionalização convencional do sistema interamericano de proteção”. (TRINDADE, 2003, p. 45)

Esta Convenção, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi elaborada através da resolução XXIV, em 1965, quando da segunda Conferência Extraordinária Interamericana, e seu anteprojeto foi feito pela Comissão Interamericana, no ano de 1967. (TRINDADE, 2003, p. 45-46)

No que concerne às exigências previstas na Convenção, Caçado Trindade (2003, p. 50) explica:

A Convenção Americana determinou que a Comissão Interamericana seria composta – a exemplo do que ocorria anteriormente – de sete membros, “de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (artigo 34), eleitos a título pessoal pelos Estados membros da OEA em sua Assembléia Geral (artigo 36), para um mandato de quatro anos, podendo ser reeleitos uma vez (artigo 37). Além da Comissão, a Convenção Americana estabeleceu, como seu órgão judicial autônomo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, encarregada de sua interpretação e aplicação, e com o propósito principal de julgar casos de supostas violações dos direitos humanos consagrados na Convenção.

Assim, com a exigência da instituição de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, veio a sua criação. Sobre a Corte, Trindade ilustra:

A Corte Interamericana realizou suas primeiras reuniões na sede da OEA em Washington em 29-30 de junho de 1979, e instalou-se em sua sede permanente em São José da Costa Rica aos 03 de setembro de 1979. [...] A Corte é composta de sete Juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos, na Assembléia Geral da OEA por maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, “ a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos” (artigos 52(1) e 53(1)), para um mandato de seis anos, podendo ser reeleitos uma vez (artigo 54(1)). Também pode haver Juízes *ad hoc*, nos termos do artigo 55 da Convenção. Não deve haver dois Juízes da mesma nacionalidade (artigo 52(2)). Para suas deliberações, o quórum é constituído por cinco Juízes (artigo 56). (2003, p. 50)

Ademais, segue o atual membro da Corte Internacional de Justiça, atestando que

As funções atribuídas pela Convenção Americana à Corte abarcam tanto a *consultiva* como a de *solução de casos contenciosos*. Esta última compreende a função da Corte de decidir todos os casos

contenciosos (a ela submetidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou por um Estado Parte na Convenção), de denúncias de violações da Convenção, desde que os Estados Partes na Convenção tenham reconhecido sua competência, por meio de uma declaração especial consoante o art. 62(1) e (2) da Convenção, ou por um acordo especial (artigo 62(3)). (2003, p. 51)

Vale frisar, para ulteriores considerações, que o Brasil, desde 10 dezembro de 1998, reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se deduz de trecho do julgamento do caso *Garibaldi x Brasil*, cuja sentença data de 23 de setembro de 2009. (CORTE INTERAMERICANA, 2013)

Por fim, entende-se importante, em relação às decisões exaradas pela Corte, a análise das explicações de Antônio Augusto Cançado Trindade, que assim procede:

As decisões da Corte, no exercício da função contenciosa, são obrigatórias para todos os Estados Partes que tiverem aceito sua competência em matéria contenciosa. Os julgamentos devem ser fundamentados, podendo haver votos separados ou dissidentes dos Juízes. Qualquer das partes pode solicitar uma interpretação de sentença. As decisões sobre reparações podem ser executadas no país respectivo consoante o processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. No exercício desta sua função, a Corte se pronunciou, até fins do século XX, sobre 35 casos contenciosos, alguns dos quais ainda se encontram pendentes. [...] Os casos perante a Corte têm se desenvolvido, de modo geral, consoante as disposições relevantes da Convenção Americana assim como do Estatuto e do Regulamento da Corte, nas fases distintas das exceções preliminares, competência, mérito, reparações, supervisão do cumprimento das sentenças e interpretação das mesmas. Da abertura de um caso até a decisão quanto ao mérito, o procedimento (fases escrita e oral) teve, até meados dos anos noventa, uma duração em média de 28 meses; desde então, com o sensível aumento do número de casos, não acompanhado dos recursos (humanos e materiais) necessários, a duração média tem se elevado a 34 meses. (2003, p. 52-53)

Frente às argumentações acima, cujo conteúdo tinha por objetivo elucidar as questões relativas às competências e características consideradas mais marcantes sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Convenção que a rege, segue-se à próxima etapa, onde se discute acerca dos pontos principais da Lei 6.683/79, mais conhecida por Lei da Anistia, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153.

4.2. LEI 6.683/79 (LEI DA ANISTIA) E ADPF 153

4.2.1. Lei da Anistia

A Lei 6.683/79, que ficou famosa pelo nome de Lei da Anistia, é responsável por diversas discussões envolvendo direitos humanos. Não apenas isso, mas também se questiona se os responsáveis pelas violações de tais direitos deveriam ser punidos, ainda que esta Lei tenha concedido anistia àqueles que cometeram crimes na época da ditadura militar.

Mais precisa é a exegese do art. 1º, *caput*, da Lei. Veja-se:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. (BRASIL, 2013)

Necessário se vislumbra aclarar o que se entende por crimes “conexos com estes”, quando o dispositivo refere-se aos crimes políticos.

É exatamente o que prevê o art. 1º, §1º, da mesma Lei: “§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, *os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.*” (BRASIL, 2013) (grifo nosso)

Quanto a isso, Hélio Bicudo, em seu artigo “Anistia e crimes contra a humanidade que não prescrevem” (2013), relata que: “Os juristas da ditadura ou aqueles que a ela se acomodaram, encontraram nesse último dispositivo, argumento para beneficiar tantos quantos torturaram e mataram em nome do Estado. Falou-se, então numa lei de “duas mãos”, a contemplar vítimas e seus algozes.”

E, na sequência, completa Bicudo (2013):

Ao que tudo indica, buscou-se, com base numa interpretação equivocada do que seja conexão em direito penal, a razão para equiparar-se, para os efeitos da Lei de Anistia, torturadores e torturados. Trata-se de uma solução incompatível com o próprio instituto da anistia. Para demonstrar que semelhante interpretação não tem sustentação nos princípios que informam a anistia convém,

antes de mais nada, ponderar que é da essência da anistia o perdão a determinados crimes, tendo em vista a pacificação dos espíritos, agitados por acontecimentos que, engendrando paixões coletivas, perturbam a ordem social, incidindo no direito penal.

Ademais, no que tange à conexidade, em sua concepção penal, manifesta-se o autor:

Destarte, os delitos anistiados constituíram-se não em causas, mas em meras condições para que os agentes do Estado, fossem quais fossem, impusessem, aos sujeitos abrangidos pela Lei de Anistia, os tratamentos cruéis e degradantes a que foram submetidos. Então, não há entre uns e outros a pretendida conexidade, que decorre de um nexos causal entre as ações praticadas por uma ou mais pessoas, objetivando um mesmo fim. [...] O fato típico cometido pelo beneficiário da anistia é o delito político ou eleitoral. Os fatos a eles conexos não podem perder a característica dos delitos chamados principais. Por outro lado, o crime cometido, in casu, pelos agentes do Estado, não tem qualificação política e, portanto, entre eles não há conexidade. Conexão é nexos, ligação. Ora, em direito penal só pode haver conexidade se os vários autores buscam a mesma finalidade na prática do ato delituoso. (BICUDO, 2013)

Percebe-se, pois, a justa indignação do autor para com a abrangência que foi dada à anistia, contemplando não só aqueles que cometeram crimes políticos, mas também aqueles que torturaram e mataram em nome do Estado, ou com seu consentimento. Não se trata de crimes conexos, portanto.

Com essas considerações tecidas, interessante se faz observar os motivos que levaram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a interpor Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, perante o Supremo Tribunal Federal, doravante denominada ADPF 153.

4.2.2. ADPF 153

Claudia Rosane Roesler e Laura Carneiro de Mello Senra, em artigo nomeado “Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico” (2013) explicam, sucintamente, como se deu a gênese da ADPF 153.

Em outubro de 2008, a ADPF 153 foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. O cerne da controvérsia constitucional se referia à interpretação do parágrafo 1º do artigo 1º da Lei de Anistia (Lei n. 6.683/1979), que considerava conexos, para os fins de concessão de anistia, os crimes

de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. [...] Questionou-se se a norma impugnada teria sido recepcionada pela Constituição de 1988 e, ainda, se poderia ser interpretada e aplicada à luz dos princípios e normas consagrados na nova ordem constitucional.

Ademais, a petição inicial pugnava ao STF que: “[...] dando interpretação conforme à Constituição, declare que a anistia concedida pela Lei n. 6.683/79 aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão, contra opositores políticos, durante o regime militar.” (BRASIL, 2013)

Como bem colocam as autoras acima mencionadas,

Em abril de 2010, a ADPF 153 foi julgada improcedente, nos termos do voto do Relator, o Ministro Eros Grau. Em número de sete votos contra dois, prevaleceu o entendimento segundo o qual a Lei de Anistia seria válida, por apresentar-se como instrumento de transição do regime ditatorial para o democrático. De acordo com este propósito conciliador, a anistia, conforme concedida pela Lei n. 6.683/79, contemplaria também os crimes praticados por agentes públicos do Estado. (ROESLER; SENRA, 2013)

Destarte, apresentado um breve relato do que poderia ter sido a decisão que colocaria um ponto final nas discussões acerca da (in)constitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 1º, da Lei 6.683/79, retoma-se o rumo do presente trabalho, com uma exploração de um caso específico, ocorrido durante a Ditadura Militar: o caso da Guerrilha do Araguaia.

4.3. O CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA”

O caso em estudo resume-se ao desaparecimento forçado de 62 pessoas, na região do Araguaia, entre os anos de 1972 e 1974, tendo como responsáveis agentes do Estado, segundo o ex-procurador geral do estado de São Paulo, Marcio Sotelo Felipe, em seu texto “STF, Corte Interamericana e anistia: aspectos jurídicos.” (2013)

Contudo, as repercussões dele advindas são da maior importância para o desenvolvimento deste trabalho.

Isto se dá, como mais adiante será dito, pelo fato de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso, cujo nome oficial é *Gomes*

Lund e outros vs. Brasil, no sentido de que a Lei da Anistia não pode ser aplicada, tendo em vista o que está estipulado em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e ratificou, dentre outras fundamentações que serão oportunamente observadas.

Segue Marcio Felipe (2013), aduzindo que:

No plano da convencionalidade, temos que o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1992 e reconheceu a competência da Corte Interamericana em 1998, com ressalva para fatos anteriores a esse ano. O caso Araguaia ficou a salvo da ressalva. A Corte delimitou sua competência aos desaparecidos porque é crime continuado, persistindo seus efeitos após 1998. O Estado brasileiro reconheceu os fatos perante a Corte. A divergência foi jurídica. [...] O obstáculo à eventual punição dos responsáveis é a Lei de Anistia. A Corte declarou que ela não pode produzir efeitos jurídicos. Lembrou que é sem sentido manter a proscrição das violações graves dos direitos humanos e aprovar medidas estatais que absolvam seus perpetradores.

Desta forma, uma vez que o Brasil ratificou a Convenção Americana, e reconheceu a Corte Interamericana de Direitos Humanos como competente para julgamento de crimes que violem esses direitos, vê-se que a Corte não permitiu que os efeitos oriundos da Lei 6.683/79 fossem produzidos.

Entendimento impecável da Corte que, como se verá a seguir, decretou a invalidade da citada lei, não podendo ela ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto demonstra uma grave violação dos direitos humanos.

Logo, com as informações acima elencadas, encaminha-se para a parte final do trabalho, onde discorrer-se-á sobre os efeitos da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, no Brasil, bem como os reflexos da não ratificação da “Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade” no ordenamento jurídico brasileiro.

4.4. OS EFEITOS DA DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO CASO GOMES LUND E OUTROS VS. BRASIL

Como já apontado alhures, o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* diz respeito a crimes de desaparecimento forçado e tortura, na região do Araguaia, durante o Regime Militar, instaurado com o golpe de 1964.

Além disso, cuida também da punição dos responsáveis por tais violações de direitos humanos, levando em consideração não só os anistiados por crimes políticos, conforme previsto no *caput* do art. 1º da Lei da Anistia, como também o parágrafo 1º, do art. 1º, do mesmo dispositivo, que contemplou uma plêiade de criminosos, independentemente da natureza do crime que haviam cometido.

Aline Castello Branco de Resende, em sua monografia “A força vinculante da decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros Vs Brasil*” (2013), explica com clareza as razões segundo as quais o caso foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu em 26 de março de 2009 a análise do caso daquelas pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia à jurisdição da Corte, apresentando demanda contra a República Federativa do Brasil [...] O motivo que levou a Comissão a submeter o caso à Corte é que a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia), editada no Brasil, impede a punição dos agentes que cometeram os referidos crimes durante o regime militar, o que fez com o que o país deixasse de investigá-los, deixando os familiares das vítimas sem qualquer informação acerca de seu paradeiro. Assim, a Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana de Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação. (grifo nosso)

Infere-se do excerto acima, que não foram poucas as violações de direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual, gize-se, foi devidamente ratificada pelo Brasil.

Em sede de defesa, o Brasil, de acordo com o que se retira da leitura do caso (CORTE INTERAMERICANA, 2013),

[...] apresentou um escrito no qual interpôs três exceções preliminares, contestou a demanda e formulou observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado

“contestação da demanda”). O Estado solicitou ao Tribunal que considere fundamentadas as exceções preliminares e, por conseguinte: a) reconheça a incompetência *ratione temporis* para examinar as supostas violações ocorridas antes do reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte pelo Brasil; b) declare-se incompetente, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos; e c) archive de imediato o presente caso, ante a manifesta falta de interesse processual dos representantes. Subsidiariamente, quanto ao mérito, o Brasil solicitou ao Tribunal que reconheça “todas as ações empreendidas no âmbito interno” e “julgue improcedentes os pedidos [da Comissão e dos representantes], uma vez que está sendo construída no país uma solução, compatível com suas particularidades, para a consolidação definitiva da reconciliação nacional”.

Desta feita, como claramente se percebe, intentou o Estado brasileiro esquivar-se da competência da Corte, alegando, dentre outras coisas, que esta mesma Corte não teria tal poder, haja vista ter sido reconhecida como de jurisdição contenciosa pelo Brasil apenas em 1998, muito depois do ocorrido no Araguaia.

Não obstante essas alegações defensivas, juridicamente embasadas, apresentadas pelo Brasil, alguns pontos merecem destaque.

Inicialmente, seguindo-se uma ordem temporal, vale relembrar o que traz em seu texto a Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928, que foi promulgada pelo Brasil, através do Dec. 5647/29. (GUERRA, EMERIQUE, 2013)

Seu art. 11 dispõe o seguinte:

ARTIGO 11

Os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda que se modifique a constituição interna dos Estados contratantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão de território ou por outros motivos análogos, os tratados serão adaptados às novas condições. (CONVENÇÃO DE HAVANA, 2013)

Vislumbra-se, pois, que o objetivo do dispositivo é fazer com que os tratados continuem a produzir devidamente seus efeitos, ainda que a organização interna de algum Estado se modifique.

Com o mesmo intuito, estabelecem os arts. 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, promulgada pelo Brasil através do Decreto 7.030/09 (BRASIL, 2013), o seguinte:

Artigo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27

Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (CONVENÇÃO DE VIENA, 2013)

Assim, vê-se que é obrigatório o cumprimento dos tratados pelas partes a eles aderentes, e também que disposições de direito interno não escusam o Estado de cumprir o que está previsto em um tratado.

Ademais, Luiz Flávio Gomes, em artigo já mencionado, porém na segunda parte, apoiando-se em jurisprudência da Corte, informa que:

[...] no que diz respeito especificamente ao desaparecimento de pessoas a jurisprudência da Corte Interamericana (*Caso Goiburú*, v.g.) consolidou o seguinte: (a) os Estados têm a obrigação de investigar e punir esses crimes; (b) cuida-se de obrigação que emana do *ius cogens* ; (c) cuida-se de delito de execução permanente (até que se descubram os corpos). Tratando-se de delitos permanentes não se inicia a contagem da prescrição, enquanto não cessa a permanência (CP, art. 111, III). A permanência se dá enquanto seus autores continuem ocultando o destino e o paradeiro da pessoa desaparecida e enquanto os fatos não forem esclarecidos. (GOMES, 2013) (grifo nosso)

Não fosse só isso, algumas ponderações da Corte Interamericana de Direitos Humanos presentes no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, fazem-se essenciais, a fim de que se solidifique o entendimento sobre a compulsoriedade do cumprimento dos tratados.

No que tange ao controle de constitucionalidade, em âmbito nacional, e controle de convencionalidade, em âmbito internacional, a Corte asseverou:

II. CORTES SUPREMAS E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

5. Continuando na breve incursão sobre temas pontuais relevantes, se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil.

6. Para todos os Estados do continente americano que livremente adotaram, a Convenção (americana de direitos humanos) equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar. (CORTE INTERAMERICANA, 2013)

As considerações da Corte acima esposadas, demonstram o caráter supranacional não apenas das decisões da Corte, como também da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, devendo, portanto, serem obedecidas, e, caso as disposições de direito interno sejam díspares, devem ser a ela adequadas.

E, ainda com auxílio das palavras da Corte, mister se faz analisar o que segue:

III. ADEQUAÇÃO DO DIREITO INTERNO ÀS NORMAS DA CONVENÇÃO AMERICANA

Mesmo as Constituições nacionais não de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com o artigo 2º da Convenção, os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção. (Cf. Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) versus Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C No. 73, pars. 85 e seguintes.) (CORTE INTERAMERICANA, 2013) (grifo nosso)

Depreende-se, assim, que é essencial que as disposições das Constituições nacionais estejam em consonância com o que prevê, no caso em tela, a Convenção Americana, bem como com aquilo que a Corte decide.

Em um último apelo à decisão da Corte, curial ressaltar algumas das exigências a que o Brasil ficou submetido. O Tribunal dividiu as condutas que devem ser tomadas pelo País em: a) obrigação de investigar os fatos, julgar, e, se for o caso, punir os responsáveis; b) determinação do paradeiro das vítimas; e c) outras medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição. (CORTE INTERAMERICANA, 2013)

Marcio Sotelo Felipe (2013), aponta as seis a que mais dá importância:

1. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.
2. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente

Sentencia.

3. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.
4. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença.
5. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.
6. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar, garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.

Melhor não poderia ser a seleção do autor, dentre os catorze pontos que foram elencados pela Corte, contemplando as três divisões que a Corte determinou na decisão.

Face ao exposto, avança-se em direção à parte final deste trabalho, tecendo-se as considerações entendidas como importantes, no que pertine aos reflexos no ordenamento jurídico brasileiro da não ratificação da Convenção anteriormente citada, cujo tema é a imprescritibilidade dos crimes de guerra e de lesa-humanidade.

4.5. OS REFLEXOS DA NÃO RATIFICAÇÃO DA “CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E CRIMES CONTRA A HUMANIDADE” NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De um lado, viu-se que quando um Estado ratifica uma convenção, fica ele obrigado a cumprir com as disposições expostas nela.

Também, foi demonstrado que não pode o Estado invocar previsões do seu direito interno, com o objetivo de escusar-se ao cumprimento de um tratado. Da mesma forma, impera, no âmbito das relações internacionais, o Direito Internacional, como *jus cogens*, possuindo este caráter supranacional. Deve, portanto, ser por todos os Estados obedecido.

De outro norte, atinge-se um ponto em que não se consegue visualizar o porquê de um Estado ratificar um tratado internacional, submetendo-se a ele, se o que de fato ocorre é o julgamento e punição do criminoso pela legislação interna, descumprindo, assim, a previsão legal do tratado.

À primeira vista, tem-se a impressão de que é um documento infalível e completamente eficaz. Entretanto, o que se fazer quando um daqueles crimes é cometido por algum Estado que não tenha ratificado a Convenção? E, ainda, fica esse Estado obrigado a adotar a imprescritibilidade desses crimes, ainda que sua legislação tenha previsão diversa? Nesse caso, onde fica o princípio da legalidade?

Primeiramente, está-se diante de um ponto delicado, qual seja, o de um Estado não ser membro do tratado. Toma-se por exemplo o Brasil, que até hoje não ratificou a Convenção aqui estudada.

Nesse sentido, curial verificar o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em relação à imprescritibilidade de crimes.

Em seu art. 5º, expõem-se os direitos e garantias fundamentais. Mais precisamente, nos incisos XLII e XLIV, estão elencados os únicos dois crimes que, consoante a CF/88, são passíveis de imprescrição, na forma que seguem:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

[...]

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (VADE MECUM, 2011)

Percebe-se, pois, que a CF/88 dispôs duas condutas ilícitas que configuram-se como crimes imprescritíveis.

Entretanto, no art. 4º, II, CF/88, lê-se o seguinte: “Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II - prevalência dos direitos humanos;” (VADE MECUM, 2011)

Desta forma, apesar de apresentar apenas dois crimes que são imprescritíveis, a mesma Constituição confere primazia aos direitos humanos.

Em que pese a presença destas duas hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro, Marcio Sotelo Felipe, em artigo já mencionado (2013), amparando-se na decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, discorre com fluência:

Embora a Corte tenha delimitado sua competência aos efeitos jurídicos pós-1998, em voto apartado o juiz Caldas enfatizou aspectos do caráter imperativo das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos independentemente da convencionalidade. *Lembrou que é irrelevante a não ratificação pelo Brasil da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e contra a Humanidade porque ela não é criadora do Direito, mas meramente consolidadora.* [...] Aceitar - como se fez em Nuremberg - que em casos de barbárie devem ser preservados valores universais terá a vantagem de esclarecer quando a forma positiva clássica do Estado contemporâneo ainda prevalece. Estabelecer os limites de um conceito não o enfraquece, o fortalece. *Dizer "isto pode" e "isto não pode" sobre juízos racionais permite um acordo entre sujeitos democráticos para colocar o Direito a serviço da sociedade, não o contrário.* Esses conceitos serão a base do Direito no 3º milênio. (grifos nossos)

Salutar o comentário do ex-procurador geral do Estado de São Paulo, no qual apontou que a não ratificação pelo Brasil da Convenção ora em estudo, não o exime da obrigação de cumprir o que foi decidido pela Corte.

Além disso, do julgamento da Guerrilha do Araguaia se extrai argumento de elevada importância, no que tange ao mesmo problema acima suscitado. Veja-se:

Por outro lado, 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, *essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido* (Caso Almonacid, parágrafos 152 e 153). (CORTE INTERAMERICANA, 2013) (grifo nosso)

Vê-se que a Corte sequer menciona os dois crimes imprescritíveis expostos na CRFB/88; pelo contrário, aduz que, embora não tenha o Brasil ratificado a Convenção, a aplicação dela no País é válida, não importando o que o direito interno determina.

Em harmonia com as considerações supracitadas, a Corte Interamericana de Direito Humanos, estatuída pela Convenção Americana, em novembro de 2010, sobre o caso do Araguaia, assim decidiu:

Finalmente é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas. (CORTE INTERAMERICANA, 2013)

Impecável a decisão da Corte, que submeteu o Brasil ao seu cumprimento.

Ainda, à guisa de conclusão, interessante ressaltar que, conquanto existam leis que devem ser seguidas pelo ordenamento jurídico interno, descumpri-las em detrimento de obediência às determinações dos órgãos internacionais não fere o princípio da legalidade.

Sobre esse tópico, Luiz Flávio Gomes, ao afirmar, em seu texto “Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade (Parte III)”, que “a legalidade se dá de forma distinta” (2013), continua:

Como não existe um Congresso fabricando leis, outras são as fontes do direito penal internacional. No que diz respeito à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a fonte de tal entendimento são resoluções da ONU (ou seja: instrumentos da ONU). Exigir a legalidade estrita nesse caso (ou seja: no plano internacional) significa apoiar todo tipo de violação dos direitos humanos. (GOMES, 2013)

Diante de todo o exposto, espera-se ter alcançado o objetivo precípuo deste trabalho, qual seja, demonstrar os reflexos da não ratificação da

“Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e crimes contra a humanidade” pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Reflexos estes que cingem-se, de uma maneira sintética, à desaplicação do que determina o direito interno, se em dissonância com as normas internacionais, como se apresentou a situação do Brasil, em prol da utilização do maior número possível de normas de Direito Internacional, com maior atenção, no caso em estudo, àquelas que versam sobre direitos humanos.

Faz-se importante, da mesma maneira, obedecer às determinações dos órgãos e convenções internacionais sobre direitos humanos, cuja hierarquia face ao direito interno é superior, como buscou-se comprovar.

5 METODOLOGIA

Para a realização do presente trabalho monográfico, foram utilizados como técnicas de pesquisa, a doutrinária e a empírica, juntamente. De acordo com a autora Luci Oliveira, em artigo intitulado “Metodologia do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)” (2013), da Fundação Getúlio Vargas (FGV), entende-se por técnica de pesquisa doutrinária, na seara jurídica, aquela que

[...] é baseada na coleta de um corpo de jurisprudência, juntamente com a legislação relevante (fontes primárias), e apoiada em modelos teóricos (fontes secundárias) voltados para encontrar, entender e aplicar regras e princípios na solução de problemas legais (seja um caso concreto, ou um tipo particular de situação). Baseiam-se também na reconstrução de casos decididos em um quadro coerente na busca de racionalidade, ordem e coesão teórica, objetivando sistematizar, corrigir e clarificar o Direito sobre determinado assunto, a partir da análise de textos [...].

Desta forma, passa-se à análise da técnica empírica:

O tipo de pesquisa não doutrinária, ou empírica, tem como objetivo descrever, explicar e/ou criticar o direito e os fenômenos jurídicos tal qual eles se manifestam na realidade. A pesquisa empírica permite verificar como o aspecto material do Direito se realiza concretamente, e como fatos, atos e atividades concretizam o Direito na vida em sociedade. Em outras palavras, focam em como o Direito e as instituições jurídicas operam em um contexto social, econômico e político mais amplo. (OLIVEIRA, 2013)

Assim, percebe-se que, embora sejam métodos de abordagem distintos, é possível aparecerem juntos em um mesmo trabalho, veja-se:

É importante ressaltar que os dois tipos de pesquisa (doutrinária e empírica) muitas vezes se misturam em abordagens para responder a problemas propostos, sendo que nas pesquisas empíricas necessariamente há o recurso a aspectos da pesquisa teórica ou doutrinária para o estabelecimento de parâmetros, e para a definição e a operacionalização de conceitos. E na pesquisa doutrinária, muitas vezes são aplicadas técnicas de pesquisa empírica, seja na realização de entrevistas, seja na forma de condução de pesquisa jurisprudencial. A pesquisa doutrinária e a empírica devem ser pensadas como complementares e não mutuamente excludentes.

Portanto, através dessas duas correntes foi elaborada esta monografia, utilizando-se, também, de um método auxiliar histórico, a fim de situar o leitor no tempo dos acontecimentos relevantes durante o trabalho, para compreender mais facilmente os argumentos aqui defendidos e criticados.

CONCLUSÃO

Frente a todo o exposto, o que, esperançosamente, se intentou realizar, foi uma análise, a nível internacional, mais concentrada no continente americano, do poder oriundo dos tratados internacionais que são celebrados entre os vários Estados existentes, atentando-se ao caso principal do presente trabalho, em que apesar de o Brasil não haver ratificado a Convenção, por força de outros tratados internacionais de salvaguarda dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana obstou os efeitos que produziria a Lei da Anistia, por ser considerada uma afronta direta a Direitos Humanos.

Desta forma, mostrou-se exatamente quais são os reflexos advindos da não-ratificação da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes Contra a Humanidade pelo Brasil, no ordenamento jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que tratados devem ser cumpridos pelas partes, segundo o princípio *pacta sunt servanda*, elencado, principalmente, na Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados. Estados não podem alegar imposições de direito interno, para esquivarem-se do cumprimento do estipulado nos tratados de que fazem parte. Não se trata de um arcabouço jurídico, apenas, mas sim, de um sistema internacional que funciona através de composições entre os Estados, realizadas através da ratificação desses documentos.

No caso do Brasil, que não ratificou a Convenção aqui em estudo, observou-se que este fato, consoante decisão exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, não pode servir como esQUIVA para o descumprimento de normas de *jus cogens*. Assim, uma vez que o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de San José da Costa Rica, que salvaguarda Direitos Humanos, dentre outras atribuições, que foram violados pelo Brasil no caso em tela, concluiu a Corte que a Lei da Anistia não pode produzir efeitos jurídicos.

Depreende-se, pois, que a mera ausência de ratificação de um tratado internacional por parte de um Estado, não implica, necessariamente, na libertação dos direitos e deveres previstos em outros tratados dos quais seja

parte esse mesmo Estado. É através desta maneira que funciona o Direito Internacional. Inúmeros documentos, cujo objetivo primordial é proteger os vários direitos lá estabelecidos, almejando, caso cada Estado cumpra com as suas obrigações, à paz mundial.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**, de acordo com o parecer da Corte Internacional de Justiça sobre a independência do Kosovo, de 22 de junho de 2010 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 976 p.

BICUDO. Hélio. **Anistia e crimes contra a humanidade que não prescrevem.** Disponível em <http://comciencia.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-76542009000200010&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 07 de out. 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. **Decreto Nº 19.841, de 22 de outubro de 1945.** Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

BRASIL. **Lei Nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.** Concede anistia e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm> Acesso em: 10 out. 2013.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/legislacao/convencao-de-viena-sobre-o-direito-dos-tratados-1>>. Acesso em: 15 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região. **Convenção de Havana sobre Tratados, de 1928.** Disponível em <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/convencoes/convencao_havana_tratados.pdf> Acesso em: 19 set. 2013.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1391p.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral.** 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 864 p.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf>. Acesso em: 20 set. 2013.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **STF, Corte Interamericana e anistia: aspectos jurídicos.** Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/selecao-diaria-de-noticias/midias-nacionais/brasil/valor-economico/2011/04/28/stf-corte-interamericana-e-anistia-aspectos/print-nota>>. Acesso em: 07 out. 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade (Parte II).** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1633577/crimes-contra-a-humanidade-conceito-e-imprescritibilidade-parte-ii>>. Acesso em: 12 set. 2013.

_____. **Crimes contra a humanidade: conceito e imprescritibilidade (Parte III).** Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1638524/crimes-contra-a-humanidade-conceito-e-imprescritibilidade-parte-iii>>. Acesso em: 12 set. 2013.

GONÇALVES, Joannisval Brito. **Tribunal de nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 379 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 973 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 944 p.

NASCIMENTO JUNIOR, Eduardo Martins do. **O princípio da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade em face dos crimes da ditadura militar**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7306>. Acesso em: 10 set. 2013.

OLIVEIRA, Luci. **Metodologia do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)**. Disponível em <http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/d/db/METODOLOGIA_TCC_2013.1.pdf> Acesso em: 14 dez. 2013.

RAMOS, Luiz Felipe Gondin. **Tribunal Militar Internacional de Nuremberg Análise Histórica e Legado Jurídico**. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/nuremberg/mono_ramos_tribunal_nuremberg_legado.pdf> Acesso em: 05 out. 2013.

RESENDE, Aline Castello Branco de. **A força vinculante da decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros Vs Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3173, 9 mar. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21248>>. Acesso em: 30 set. 2013.

ROESLER, Cláudia Rosane. SENRA, Laura Carneiro de Mello. **Lei de Anistia e Justiça de Transição: a releitura da ADPF 153 sob o viés argumentativo e principiológico**. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p131/22468>> Acesso em: 07 out. 2013.

ROMÁN, Marlene. **Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Disponível em <http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2009/Articulos_estudiantiles/04_08_Impr escriptibilidad.pdf> Acesso em: 28 set. 2013.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 945 p.

SCHWANITZ, Dietrich. **Cultura geral: tudo o que se deve saber**. São Paulo: Martins Fontes. 2007, 516p.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. volume I. Porto Alegre: SAFE, 2003 (2ª. ed.), 640p.

_____. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. volume III. Porto Alegre: SAFE, 2003, 663p.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) - BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade - 1968**. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.->

Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-

Prote%C3%A7%C3%A3o/convencao-sobre-a-imprescritibilidade-dos-crimes-

de-guerra-e-dos-crimes-contra-a-humanidade.html>. Acesso em: 08 maio 2012

UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO-EUSKAL HERRIKO UNIBERTSITATEA UPV-EHU. **Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg**.

Disponível em:

<<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2013.

VADE MECUM. **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva** com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 11ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 2003 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8.ed. rev. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v.1, 766p.