



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1648236 - SP (2020/0010652-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **AUDIR SANTOS MACIEL**
ADVOGADO : **JOSÉ RENATO COSTA HILSDORF - SP250821**
AGRAVADO : **TAMOTU NAKAO**
ADVOGADOS : **WELLINGTON DE LIMA ISHIBASHI - SP229720**
: **WELLINGTON NEGRI DA SILVA - SP237006**
: **WALTER DOMINGUES DA SILVA NETO - SP383409**
AGRAVADO : **ANTONIO JOSE NOCETE**
ADVOGADO : **LUCÍOLA SILVA FIDELIS - SP169947**
AGRAVADO : **ALFREDO UMEDA**
ADVOGADO : **RENATA ROSITO ZACCARO - SP333670**
AGRAVADO : **ERNESTO ELEUTÉRIO**
ADVOGADOS : **LUIZ AUGUSTO SARTORI DE CASTRO - SP273157**
: **LEONARDO LEAL PERET ANTUNES - SP257433**
: **ÁTILA PIMENTA COELHO MACHADO - SP270981**
: **LUCIANA PADILLA GUARDIA - SP376472**
CORRÉU : **JOSE ANTONIO DE MELLO**
CORRÉU : **EDEVARDE JOSE**

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, manejado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que os recorridos foram denunciados, em 23/6/2015, como incurso no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e no art. 299, parágrafo único, ambos do Código Penal, em virtude de crime cometido em 17/1/1976, em contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil.

Contudo, a denúncia foi rejeitada, com fundamento no art. 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal c/c o art. 1º, § 1º, da Lei n.º 6.683/1979, o art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 26/1985, e o art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, haja vista a

decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF.

Irresignado, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, ao qual se negou provimento, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 1.422/1.423):

PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO QUE NÃO RECEBEU A DENÚNCIA. IMPUTAÇÃO A AGENTES ESTATAIS DE CRIME. HOMICÍDIO PRATICADO NO CONTEXTO DO REGIME MILITAR. LEI N.º 6.683/79. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 153. RECURSO DESPROVIDO. 1. O tema da anistia para os crimes políticos ou conexos com estes cometidos no período de 2/1/1964 a 15/8/1979, concedida pela Lei n.º 6.683/79, já foi amplamente discutido no âmbito do STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153. Tal julgamento assentou a validade da mencionada lei e a impossibilidade de revisitar, em termos jurídico-penais, os atos por ela abarcados, valendo ressaltar que tal decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.982, de 3/12/1999. 2. Por mais que sejam dolorosas as lembranças de tudo o quanto ocorreu em desrespeito aos direitos humanos durante o período de exceção vivido no Brasil, o fato é que houve um concerto político, do qual participaram diversas entidades importantes do cenário nacional, dentre as quais a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para que a anistia fosse ampla e o País retomasse o caminho da democracia. O caminho não foi o da batalha, mas o da paz, pela concordância nos termos que vieram a ser estabelecidos na Lei n.º 6.683/79. 3. Tramita no STF a ADPF n.º 320/DF, sob relatoria do MM. Luiz Fux, na qual está novamente em debate a aplicação da anistia concedida pela Lei n.º 6.683/79 aos crimes de graves violações de direitos humanos e aos crimes continuados ou permanentes. Nessa ADPF o tema poderá ser revisto pelo STF, mas, enquanto não decidida, os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados à decisão proferida na ADPF n.º 153. Precedentes. 4. Recurso em sentido estrito não provido.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados nos seguintes termos (e-STJ fls. 1.480/1.481):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. 1. O art. 619 do Código de Processo Penal admite embargos de declaração quando, no acórdão, houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão. No caso, não há omissão a ser suprida. 2. O voto condutor abordou o tema objeto do recurso no tocante à discussão acerca da validade da Lei n.º 6.683/79. Ademais, ao afirmar a autoridade desse julgado, também fez referência à ADPF n.º 320/DF, por meio da qual são tratados os assuntos relacionados à violação a direitos humanos por agentes públicos, descumprimento de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e configuração do crime continuado ou permanente. 3. O embargante, ao opor os embargos de declaração, sustenta o seu inconformismo quanto ao resultado do julgamento e pretende a substituição da decisão embargada por outra, requerendo que o caso em tela seja reapreciado e o acórdão reformado, o que não é possível por meio desse recurso, que é desprovido de efeitos infringentes. 4. Embargos de declaração rejeitados.

No recurso especial, o recorrente aponta, em síntese, contrariedade ao art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 6.683/1979 e ao art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, bem como aos art. 1.1, 2 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Subsidiariamente, aponta também ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal, caso se considere que o recurso especial carece de prequestionamento.

Superada eventual ausência de prequestionamento, o recorrente sustenta, em síntese, que é necessária a "aplicação direta da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso GOMES LUND *vs.* Brasil" e que "o julgamento da ADPF n.º 153, ao limitar-se a fazer o controle da constitucionalidade, não esgotou o exame da validade da anistia, igualmente questionada em razão de controle de convencionalidade".

Aduz que os fatos imputados nos presentes autos não se encontram abrangidos pela Lei de Anistia, motivo pelo qual não podem sofrer sua incidência. No mais, afirma que mencionada lei não pode ser considerada válida, porquanto incompatível com a Constituição Federal vigente à época.

Destaca que o crime ora imputado é classificado como crime contra a humanidade, conforme tipificação trazida no art. 7º do Estatuto de Roma, o qual foi promulgado pelo Brasil em 25/9/2002. Nada obstante, afirma que o fato de a definição ser posterior ao fato não influencia na sua caracterização como crime de lesa humanidade.

Ademais, assevera que a o entendimento firmado no julgamento da ADPF n.º 153/DF não se aplica ao presente caso, haja vista o controle de convencionalidade realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund *vs.* Brasil, capaz de por si só, invalidar a anistia concedida.

Conclui, outrossim, que dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana não desautoriza a autoridade do sistema de justiça pátrio e que reconhecer a força vinculante da ADPF n.º 153/DF viola a regra do art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999. No entanto, afirma que "a decisão da Corte Interamericana é tão vinculante quanto a decisão do STF e não há entre elas qualquer incompatibilidade lógica".

Por fim, o recorrente afirma que os crimes de lesa humanidade são imprescritíveis, haja vista as normas do *jus cogens* já vigentes ao tempo da prática criminosa imputada. Caso não se entenda dessa forma, deve se considerar impossível o curso do prazo prescricional até que a investigação de tais delitos fosse possível. No

mais, afirma que o art. 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal, também conduz à imprescritibilidade dos delitos imputados nos presentes autos.

Pugna, assim, pelo afastamento da anistia e da prescrição, para que seja recebida a denúncia.

As contrarrazões foram apresentadas às e-STJ fls. 1.587/1.604, 1.623/1.640, 1.662/1.668, 1.682/1.686, 1.693/1.699 e 1.709/1.719, e o recurso teve seu seguimento negado, às e-STJ fls. 1.732/1.740, em virtude da ausência de violação ao art. 619 do Código de Processo Penal e da ausência de prequestionamento, bem como em razão de o tema ter cunho eminentemente constitucional.

No agravo, o recorrente aduz, em síntese, que a ofensa ao art. 619 do Código de Processo Penal foi devidamente delineada e que houve o devido prequestionamento dos demais dispositivos indicados como violados. Por fim, assevera que “não se justifica, o não seguimento do Recurso Especial a pretexto de a matéria nele versada possuir índole constitucional”.

O Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 1.863/1.867, pelo provimento do recurso.

É o relatório. **Decido.**

O agravo é cabível, tempestivo e foram devidamente impugnados os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual conheço do recurso.

No mérito, verifico que o recorrente se insurge, em síntese, contra a rejeição da denúncia apresentada na origem, por considerar indevida a motivação declinada, em ofensa ao art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 6.683/1979 e ao art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, bem como aos art. 1.1, 2 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A Corte de origem, ao manter a rejeição da denúncia, afirmou que "o tema da anistia para os crimes políticos ou conexos com estes cometidos no período de 2/1/1964 a 15/8/1979, concedida pela Lei n.º 6.683/79, já foi amplamente discutido no âmbito do STF, na citada ADPF n.º 153", que "tem eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, nos termos do art.10, § 3º, da Lei n.º 9.982, de 3/12/1999". Destacou, por fim, que o tema poderá ser revisto pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n.º 320/DF.

De início, registro que o tema trazido no presente agravo em recurso especial,

referente às graves violações de direitos humanos ocorridas no período da ditadura militar, já foi analisado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 25/9/2019, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.798.903/RJ, que tratou do denominado "Atentado do Riocentro".

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

*PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. ATENTADO AO RIOCENTRO. VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. DÉCADAS DE 1960, 1970 E 1980. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO NACIONAL. OBSERVÂNCIA À SOBERANIA PÁTRIA. POSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO PELA PAZ. EXEMPLO DA ÁFRICA DO SUL. 2. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VIOLAÇÃO DO ART. 107, IV, DO CP. DISPOSITIVO QUE NÃO ABRANGE A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE. MATÉRIA CONSTANTE DE TRATADOS INTERNACIONAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NORMA INTERNACIONAL VIOLADA. NORMA CONSTITUCIONAL PRÓPRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **INCIDÊNCIA DO VERBETE N.º 284/STF**. 3. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO NA ORIGEM. NÃO ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCLUSÃO DO TRF/2ª REGIÃO FIRMADA COM BASE NO ARCABOUÇO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO NA VIA ELEITA. **ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ**. 4. ARQUIVAMENTO DO IP NA JUSTIÇA MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO STM. ANISTIA DA EC N.º 26/1985. **COISA JULGADA MATERIAL**. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF. 5. LEI DA ANISTIA. ADPF N.º 153/DF. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, EM CASOS DIVERSOS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A ORDEM JURÍDICA INTERNA. COMPETÊNCIA DO STF. 6. SOBERANIA NACIONAL. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. DECISÕES INTERNACIONAIS. DEVER DE HARMONIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DA ORDEM INTERNA. 7. CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCEITO TRAZIDO NO ART. 7º ESTATUTO DE ROMA. **AUSÊNCIA DE LEI EM SENTIDO FORMAL**. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 5º, XXXIX, DA CF. TRATADO INTERNALIZADO EM 2002. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA**. AFRONTA AO ART. 5º, XL, DA CF. 8. CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO PELO BRASIL. PEDIDO DE APLICAÇÃO COMO JUS COGENS. COSTUME INTERNACIONAL RESPEITADO E PRATICADO. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA PELO STF. INAPLICABILIDADE DO JUS COGENS ASSENTADA NA EXTRADIÇÃO N.º 1.362/DF. 9. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PREMISSA DE STATUS DE SUPRALEGALIDADE. TRATADO NÃO INTERNALIZADO DE ACORDO COM O ART. 5º, § 3º, DA CF. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A CF. 10. TRATADOS INTERNACIONAIS NÃO INTERNALIZADOS. OBSERVÂNCIA NA ORDEM INTERNA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, § 2º, DA CF. PRINCÍPIO DA UNIDADE E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. SOBERANIA ESTATAL E SUPREMACIA DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO*

DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. OFENSA A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 11. NORMAS PRESCRICIONAIS. DIREITO PENAL MATERIAL. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. PRESCRITIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 12. A ADMISSÃO DO JUS COGENS NÃO PODE VIOLAR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO PÁTRIO. RESGUARDO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FINALIDADE PRINCIPAL DOS DIREITOS HUMANOS. IMPOSSIBILIDADE DE TIPIFICAR CRIME SEM LEI PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRAR A EFICÁCIA DAS NORMAS PRESCRICIONAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. PRINCÍPIOS CAROS AO DIREITO PENAL. 13. CONCLUSÃO QUE NÃO DIMINUI O COMPROMISSO DO BRASIL COM OS DIREITOS HUMANOS. PUNIÇÃO APÓS QUASE 40 ANOS. NÃO RESTABELECIMENTO DE DIREITOS VIOLADOS. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IGUAL MAGNITUDE. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SEGURANÇA JURÍDICA. COISA JULGADA MATERIAL. LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE. 14. OFENSA AOS ARTS. 347 E 348 DO CP. RECURSO CONHECIDO NO PONTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NATUREZA PERMANENTE DOS TIPOS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES INSTANTÂNEOS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 15. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

1. Considerações preliminares: A matéria trazida nos presentes autos é de extrema relevância, haja vista ter, de fato, havido graves violações a direitos humanos durante as décadas de 1960, 1970 e 1980. Contudo, não há uma **única** forma de reconstrução após crises como a ocorrida no Brasil. Na verdade, as experiências de reconciliação nacional, em vários países do mundo, foram diversas, respeitando-se sempre a cultura e a soberania de cada país. Emblemática é, por exemplo, a experiência de justiça restaurativa na **África do Sul** sob a direção do estadista **Nelson Mandela** e coordenação do arcebispo Desmond Tutu. O processo transicional, do regime racista do apartheid para a democracia multirracial, ocorreu de forma negociada e pacífica. A criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação promoveu o **encontro de vítimas, familiares, ofensores e representantes das comunidades locais** para discutirem sobre as violações dos direitos humanos praticadas durante o sistema segregacionista. Nesses encontros, os violadores reconheciam os seus erros, pediam perdão às famílias ou aos seus familiares e se responsabilizavam pelas consequências materiais dos seus atos lesivos. Essas foram as condições necessárias para a declaração de anistia aos ofensores naquele país.

2. Admissibilidade: O exame do recurso especial deve se ater à matéria efetivamente submetida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que "o recurso especial possui **fundamentação vinculada**, de modo que **não cabe ao STJ imiscuir-se em questões que não lhe tenham sido devolvidas especificamente**". (AgInt no AREsp 1325685/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 23/8/2019). O recorrente aponta violação ao art. 107, IV, do CP, por considerar que "os delitos imputados aos ora recorridos devem ser tomados como crimes de lesa-humanidade **na linha dos diplomas internacionais**, e, por conseguinte, imprescritíveis". Contudo, a norma infraconstitucional apontada como violada não tem o alcance pretendido. Não se aborda, na referida norma, a imprescritibilidade (tema previsto na Lei maior e em tratado não internalizado). Constata-se, portanto, a falta de correlação entre a norma apontada como violada e a discussão efetivamente trazida nos autos, o que

inviabiliza o conhecimento do recurso especial. "A indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto **comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado** padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF" (REsp n.º 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

3. A ordem foi concedida pelo Tribunal de origem, por maioria, reconhecendo a ocorrência da prescrição, "em virtude de **os fatos não se enquadrarem nos crimes contra a humanidade**". Dessa forma, ainda que o recorrente tivesse indicado o dispositivo correto, que trata da **imprescritibilidade** dos crimes contra a humanidade, seu exame não teria o condão de desconstituir o acórdão proferido pela Corte local, porquanto fundamentado na **não configuração de crime de lesa-humanidade**. Inviável, outrossim, aferir se os fatos narrados se inserem na categoria de crime contra humanidade, **uma vez que o recorrente não apontou igualmente violação a dispositivo legal, ou mesmo supralegal, que albergue referida discussão**. Ademais, desconstituir a conclusão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **que possui amplo espectro de cognição dos fatos e provas juntadas aos autos**, demandaria o revolvimento fático-probatório, o qual é vedado na via eleita, nos termos do enunciado n.º 7/STJ.

4. **Preliminares de mérito:** O STM, por mais de uma vez, "inadmitiu o prosseguimento de inquérito instaurado para apurar o atentado do Riocentro, e fez mais, **decretou a extinção de punibilidade** de todos os envolvidos, face a anistia deferida pela Emenda Constitucional 26/1985". Como é cediço, "a decisão que declar[a] extinta a punibilidade em favor do Paciente, **ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos**. A adoção do princípio do ne bis in idem pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que **o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar**". (HC n.º 86606, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/5/2007, DJe 2/8/2007). Precedentes outros do STF na mesma direção. Assim, caso fosse acolhida a tese recursal do MPF, deveria este Colegiado examinar, **previamente e de ofício**, o tema da coisa julgada material (matéria de ordem pública, que foi expressamente analisada pela Corte de Origem). Recorde-se: em favor do acusado, sempre é possível a concessão da ordem de habeas corpus até mesmo de ofício.

5. Os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida **no art. 4º, § 1º, da EC n.º 26/1985**, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979. Não se pode descurar, ademais, que a Lei n.º 6.683/1979 foi considerada **constitucional** pelo STF, no julgamento da ADPF n.º 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. Nada obstante, conforme explicitado pelo Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Rcl n.º 18.686/RJ, "**essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante** (art. 10, § 3º da Lei n.º 9.882/99)". Nessa linha de entendimento, **cabe ao STF verificar os efeitos da decisão proferida** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, com a consequente **harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia**, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux.

6. Conclusão que não revela **resistência** ao cumprimento das decisões proferidas pela CIDH, ou **reticência** em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se

comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais.

7. Mérito: *O conceito de crime contra a humanidade se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, sendo **internalizado** por meio do Decreto n. 4.388, de 25/9/2002. No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n.º 4.038/2008. Diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o STF já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que **não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente**, sob pena de se violar o princípio da legalidade - art. 5º, XXXIX, da CF (exemplo: tipo penal de organização criminosa trazido na Convenção de Palermo). Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a **tipificação** do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n.º 4.388, porquanto **não há lei em sentido formal tipificando referida conduta**. Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, **haja vista o princípio constitucional da irretroatividade**, previsto no art. 5º, XL, da CF.*

8. *A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade é anterior aos fatos narrados. Contudo, não foi ratificada pelo Brasil, não foi internalizada nem como norma supralegal. Nada obstante, no presente julgamento se pretende demonstrar que sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma jus cogens que, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Ext. n.º 1.362/DF, "é um costume internacional, respeitado e praticado" e, segundo o Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, "talvez a melhor Corte para dizer se o jus cogens se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal". No referido julgamento, se considerou inaplicável o jus cogens, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, uma vez que, conforme voto vencedor do saudoso Ministro Teori Zavascki, "somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental".*

9. *Ainda que se admita o jus cogens, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação n.º 1.362/DF, o controle de convencionalidade exercido pelo STJ, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, **não se pode perder de vista que o tratado possui status supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF**. Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do STF sobre o status dos tratados sobre direitos humanos, bem como **inviabilizaria o exame dos temas pelo STJ**.*

10. Considerando se estar diante de controle sobre Convenção admitida como *jus cogens*, entendo que sua observância na ordem jurídica interna, se legitima a partir do disposto no **art. 5º, § 2º, da CF**, o qual dispõe que "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". Nesse contexto, diante do princípio da **unidade da constituição** - o qual impõe a necessidade de harmonização de eventuais contradições existentes entre as normas constitucionais -, bem como do princípio da **máxima efetividade** - que visa conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais -, entendo que a **observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deve ser compatibilizada com os princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade**. Assim, a aplicação da Convenção não poderia tipificar crimes nem alcançar fatos anteriores à Constituição de 1988, que legitimou sua aplicação, sob pena de revelar verdadeira afronta à própria **soberania estatal** e à **supremacia da Constituição da República**, subvertendo por completo o ordenamento jurídico pátrio e com malferimento de inúmeros outros direitos fundamentais, a pretexto de protegê-los.

11. Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de **tornar imprescritíveis** crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de **lei em sentido formal**. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade. "A chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma **sociedade livre e justa**, conferindo amparo a um **vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos**. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as **garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa**, pois submete o cidadão à **eterna ameaça da repressão estatal**, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime". (CALIXTO, Clarice Costa. Portanto, não é possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, IV, do CP (**norma violadora e não violada**), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o **princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica**, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito.

12. Conclusão: A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens* não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, se harmonizar com o regramento pátrio. Referida conclusão não revela desatenção aos Direitos Humanos, mas antes observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal.

13. O não reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude: segurança jurídica, coisa julgada

material, legalidade, irretroatividade, etc.

14. Pedido Subsidiário: *No que diz respeito à alegada ofensa aos art. 347 e 348, ambos do CP, a argumentação trazida no recurso especial não encontra óbice ao seu conhecimento. Porém, a insurgência não merece prosperar. Com efeito, o recorrente pretende demonstrar que os crimes de fraude processual e de favorecimento pessoal têm natureza de crime permanente, motivo pelo qual o prazo prescricional, com relação ambos, ainda não teria se implementado. Contudo, é uníssona na doutrina, bem como na jurisprudência, a classificação dos referidos crimes como instantâneos, motivo pelo qual não é possível igualmente acolher o pleito subsidiário do recorrente.*

15. Dispositivo: *Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.*

Conforme registrado naquela oportunidade, é cediço que a matéria trazida também no presente recurso é de extrema relevância, haja vista ter, de fato, havido graves violações a direitos humanos durante as décadas de 1960, 1970 e 1980. Não por outro motivo, criou-se a **Comissão Nacional da Verdade**, por meio da Lei n.º 12.528/2011, com a finalidade de examinar e esclarecer referidas violações, objetivando "efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional".

De igual forma, a busca da verdade em torno dos desaparecidos políticos e o direito à indenização das vítimas ou de seus familiares constituem valores inquestionáveis no ordenamento pátrio. Recorde-se, aliás, que não há uma **única** forma de reconstrução após crises como a ocorrida no Brasil. Na verdade, as experiências de reconciliação nacional, em vários países do mundo, foram diversas, respeitando-se sempre a cultura e a soberania de cada país.

Emblemática é, por exemplo, a experiência de justiça restaurativa na **África do Sul** sob a direção do estadista **Nelson Mandela** e coordenação do arcebispo Desmond Tutu. O processo transicional, do regime racista do *apartheid* para a democracia multirracial, ocorreu de forma negociada e pacífica. A criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação promoveu **o encontro de vítimas, familiares, ofensores e representantes das comunidades locais** para discutirem sobre as violações dos direitos humanos praticadas durante o sistema segregacionista. Nesses encontros, os violadores reconheciam os seus erros, pediam perdão às famílias ou aos seus familiares e se responsabilizavam pelas consequências materiais dos seus atos lesivos. Essas foram as condições necessárias para a declaração de anistia aos ofensores naquele país.

No entanto, o exame do recurso especial deve se ater à matéria efetivamente submetida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que "o recurso especial possui **fundamentação vinculada**, de modo que **não cabe ao STJ imiscuir-se em questões que não lhe tenham sido devolvidas especificamente**". (AgInt no AREsp 1325685/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/8/2019, DJe 23/8/2019).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. REPRODUÇÃO DOLOSA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284 DO STF. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula 7 do STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas contidas no processo para concluir pela inexistência de concorrência desleal. Alterar esse entendimento demandaria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 3. O conhecimento do recurso especial exige que, nas razões recursais, o recorrente vincule cada alegação à afronta de determinado dispositivo legal, não bastando relacionar preliminarmente todas as normas supostamente contrariadas. Incidência da Súmula 284/STF. 4. **"O recurso especial é apelo de fundamentação vinculada e, por não se aplicar nessa instância o brocardo iura novit curia, não cabe ao Relator, por esforço hermenêutico, identificar o dispositivo supostamente violado para suprir deficiência na fundamentação do recurso"** (AgInt no AREsp 1001931/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/3/2017, DJe 31/3/2017). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 921.719/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/5/2019, DJe 30/5/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. MARCA. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. NOME COMERCIAL. CONTRARIEDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MATÉRIA FÁTICA NÃO APRECIADA INTEGRALMENTE PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. LIMITES COGNITIVOS DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O recurso especial é recurso de fundamentação vinculada, limitado em extensão pela matéria recursal devolvida e adstrito às questões jurídicas decididas em única ou última instância. 2. Questões fático-probatórias ainda que enfrentadas pelo Juízo de primeiro grau, porém sobre as quais não houve pronunciamento pelo Tribunal a quo, escapam à competência recursal desta Corte Superior. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AgRg no REsp 1371046/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/5/2019, DJe 16/5/2019)

Conforme relatado, o recorrente aponta ofensa ao art. 1º, caput e § 1º, da Lei n.º 6.683/1979 e ao art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, bem como aos art. 1.1.2 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

As normas indicadas pelo recorrente como violadas dispõem que:

Lei n.º 6.683/1979

Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

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

Lei n.º 9.882/1999

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Artigo 1

Obrigações de Respeitar os Direitos

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2

Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outras natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 68

1. Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentença contra o Estado.

De início, no que diz respeito à alegada ofensa ao art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 6.683/1979, e ao art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, verifico que as decisões das instâncias ordinárias não vulneraram referidos dispositivos legais, mas antes lhes deram efetiva e correta aplicabilidade.

Com efeito, o fato indicado no presente processo, ocorrido em 17/1/1976, está albergado não apenas pelo art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n.º 6.683/1979, mas também pela anistia trazida **no art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n.º 26/1985**, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979.

Ademais, a Lei n.º 6.683/1979 foi considerada **constitucional** pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. Assim,

nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, trata-se de decisão que tem “eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

A propósito, transcrevo apenas a ementa do referido julgado:

LEI N.º 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N.º 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N.º 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE. 1. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida. 2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera. 3. Conceito e definição de "crime político" pela Lei n.º 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos "os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política"; podem ser de "qualquer natureza", mas [i] não de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [ii] não de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [i] relacionados com os crimes políticos ou [ii] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão sui generis, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n.º 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que "se procurou", segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. 4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal. 5. O significado

válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (Massnahmegesetze), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, **a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n.º 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, "se procurou" [sic] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n.º 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.** 6. A Lei n.º 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n.º 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumadas. **A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.** 7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia. 8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário. **9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC n.º 26/1985, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC n.º 26/1985, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despidendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não**

apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC n.º 26/1985 e a Constituição de 1988. 10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura. (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/4/2010, DJe-145 DIVULG 5/8/2010 PUBLIC 6/8/2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011).

Portanto, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional n.º 26/1985 reafirmou a lei de 1979. A Constituição nova não afeta leis-medida que a tenham precedido. Assim, “não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988”.

Por oportuno, registro, ainda, que o Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Reclamação n.º 18.686/RJ, **deferiu, em 23/11/2018, o pedido de extensão dos efeitos da liminar**, anteriormente deferida pelo Ministro Teori Zavascki, consignando que a decisão reclamada "é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF n.º 153", e que **"essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei n.º 9.882/99)".**

Relevante anotar, outrossim, que, no julgamento da Extradicação n.º 1.362/DF, o Ministro Luiz Fuz, ao fazer referência à pendência dos embargos de declaração na ADPF n.º 153/DF, esclareceu ao Plenário que "os embargos de declaração foram interpostos em razão de uma **condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos** devido ao fato de o Brasil ter promulgado a **Lei da Anistia**". Consignou, ademais, que:

Então, esse fato novo - vamos dizer assim -, juridicamente, não indica que tenha havido nenhuma contradição, omissão ou obscuridade, porque, à época do julgamento, não havia nenhum pronunciamento da Corte Interamericana. Assim, na verdade, esses embargos de declaração com efeitos infringentes trazem a lume um fato que não foi objeto do contraditório. Portanto, o julgamento desse embargo de declaração não vai alterar isso em nada.

Assim, me valendo das palavras do Ministro Marco Aurélio, ao se manifestar também no julgamento da Extradicação n.º 1.362/DF, considero que "enquanto não afastada a norma do cenário jurídico, deve ser observada".

Nessa linha de intelecção, entendo que **cabe ao Supremo Tribunal Federal verificar os efeitos da decisão proferida**, em 24/11/2010, pela Corte Interamericana de

Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, julgado em 15/3/2018, com a consequente **harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia**, o que é objeto também da ADPF n.º 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux.

Referida conclusão não revela **resistência** ao cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou **reticência** em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. Nesse contexto, não há se falar igualmente em ofensa aos art. 1.1, 2 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Com efeito, a soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da Constituição Federal na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode afrontar a Constituição, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais.

Na ADPF n.º 320/DF, a própria ex-Procuradora Geral da República, Dra. Raquel Dodge, disse ao Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a competência revisora exclusiva do Excelso Pretório em tema com decisão vinculante de anterior Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental:

(...) Está configurada, portanto, a necessidade impostergável de pronunciamento dessa Suprema Corte no presente caso, para firmar interpretação voltada à compatibilização entre o direito interno e o direito internacional de direitos humanos, conciliando competências, jurisdições e paradigmas normativos, e, deste modo, eliminando o quadro de desrespeito à obrigação internacional do Brasil inscrita no art. 68 (1) da CADH e de violação a preceitos fundamentais da Constituição brasileira (art. 5º, §§ 1º e 2º e art. 4º, II; art. 7º do ADCT).

Destarte, reafirmo que a hipótese dos autos não revela ofensa ao art. 1º, caput e § 1º da Lei n.º 6.683/1979, e ao art. 10, § 3º, da Lei n.º 9.882/1999, mas sim a efetiva e devida observância aos referidos dispositivos legais. De igual sorte, não há se falar em ofensa aos art. 1.1, 2 e 68 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Apesar de as demais alegações apresentadas pelo recorrente não terem sido

vinculadas à ofensa de algum dispositivo legal, o que inviabilizaria sua análise em recurso especial, avanço na matéria, em homenagem à relevância do tema, para reafirmar as conclusões firmadas pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.798.903/RJ.

O recorrente apresenta sua irresignação também por meio da qualificação dos crimes descritos na inicial acusatória como de **lesa-humanidade**, com o consequente reconhecimento de sua **imprescritibilidade**, em observância a **diplomas internacionais** com força de *jus cogens*.

Quanto à possibilidade de tipificar as condutas descritas na inicial acusatória como **crimes contra a humanidade**, registro, conforme destacado pelo próprio recorrente, que referido conceito se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, quando conseguiu o quórum de 60 países ratificando a convenção. No Brasil, foi **internalizado** por meio do Decreto n.º 4.388, de 25/9/2002.

A propósito, transcrevo o dispositivo em comento:

Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;*
- b) Extermínio;*
- c) Escravidão;*
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;*
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;*
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;*
- j) Crime de apartheid;*
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.*

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma*

população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "exterminio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n.º 4.038/2008, que "dispõe sobre o crime de genocídio, **define os crimes contra a humanidade**, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências".

Nesse contexto, diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se

manifestar no sentido de que **não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente**, sob pena de se violar o princípio da legalidade, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" - art. 5º, XXXIX, da CF.

Conforme lição da doutrina:

*A legalidade é garantia voltada à proteção de direitos fundamentais ligados a valores diversos, em especial, **liberdade**, propriedade e **segurança jurídica**. O princípio da legalidade tem por objetivo limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias. Para isso, a Constituição confere ao Legislativo, órgão máximo da expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais". (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 446).*

Assim, não obstante a tendência em se admitir a configuração do **crime antecedente de organização criminosa** – antes da entrada em vigor da Lei n.º 12.850/2013 – para configuração do crime de lavagem de dinheiro, em virtude da internalização da Convenção de Palermo, por meio Decreto n.º 5.015/2004, prevaleceu o entendimento no sentido de que a definição de organização criminosa contida na referida convenção não vale para tipificar o art. 1º, inciso VII, da Lei n.º 9.613/1998 – com redação anterior à Lei n.º 12.683/2012.

A propósito:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI N.º 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei n.º 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (HC n.º 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/6/2012, DJe 7/2/2013)

No mesmo sentido são os precedentes desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 12.683/2012. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS. ATIPICIDADE. CRIMES ANTECEDENTES. SONEGAÇÃO FISCAL E DELITOS CORRELATOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O tipo penal do artigo 1º da Lei n.º 9.613/1998, na redação anterior à Lei n.º 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos

mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo (AgRg no HC n.º 473.442/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 6/11/2018, DJe 14/11/2018). Nessa linha, a teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n.º 9.613/98, antes do advento da Lei n.º 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. (REsp 1252770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/3/2015, DJe 26/3/2015). Salienta-se, também que, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RHC n.º 130738/DF, não se pode admitir invocar a substituição do crime de organização criminosa por associação criminosa (art. 288 do CP), porquanto este não se achava incluído no rol taxativo da redação original da Lei n.º 9.613/1990 (RHC n.º 74.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016). Dessa forma, a denúncia deve ser rejeitada, por atipicidade, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro supostamente ocorridos até 9/7/2012. 2. (...). (AgRg no AREsp 1198334/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018).

Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a **tipificação** do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n.º 4.388, porquanto **não há lei em sentido formal tipificando referida conduta.**

Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, **haja vista o princípio constitucional da irretroatividade**, previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, segundo o qual **"a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu"**.

Por oportuno, cito lição da doutrina:

*Consagrado na maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos, com a finalidade de resguardar a incolumidade de situações definitivamente consolidadas de modo a preservar a segurança jurídica, o **princípio da não retroatividade** esteve presente em quase todos os textos constitucionais brasileiros, exceto na Constituição de 1937. Tecnicamente, a formulação desse princípio consagra a proteção da clássica trilogia: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (...). Consagrada na Constituição, vincula o intérprete e impede, com regra geral, a elaboração de leis com efeitos retroativos." (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 447).*

Dessarte, não é possível utilizar a tipificação de crime contra a humanidade trazida no Estatuto de Roma, na presente hipótese, **sob pena de ofensa aos princípios**

constitucionais da legalidade e da irretroatividade.

No que concerne à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, tem-se que referida Convenção foi adotada pela Resolução 2.391 da Assembleia Geral da ONU, em 26/11/1968, e entrou em vigor em 11/11/1970, sendo, portanto, anterior aos fatos narrados na denúncia apresentada nos presentes autos, os quais datam de 17/1/1976. Contudo, mencionada Convenção **não foi ratificada** pelo Brasil.

Prevalece na jurisprudência que "os tratados em geral, inclusive os de direitos humanos, somente podem ser aplicados na ordem jurídica brasileira depois de serem promulgados na ordem interna. (...). As etapas da incorporação de um tratado são as seguintes: assinatura do tratado, ato que é de competência do Presidente da República; aprovação pelo Congresso Nacional, o que é feito mediante um decreto legislativo; **ratificação** e depósito; promulgação na ordem interna, o que ocorre por um decreto executivo do Presidente da República" (BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 93).

Ademais, a depender da forma como o tratado internacional de direitos humanos for incorporado, ele pode ter *status* constitucional ou supralegal. De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal revela que os tratados sobre direitos humanos, que não foram aprovados naqueles termos, não possuem *status* constitucional. Contudo, embora se tratem de normas infraconstitucionais, se posicionam acima das leis, assumindo posição de **supralegalidade**.

Registrou-se, assim, que aos "diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna**. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação". (HC n.º 88240, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 23/10/2008).

A propósito:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. PACTOS DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, no

*emblemático julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 349.703 e 466.343, concluído no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu, por maioria, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu sem seguir o procedimento previsto na Emenda Constitucional n.º 45/2004 têm status supralegal, mesmo não sendo diretamente incorporados à Constituição Federal. 2. Considerou-se que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, **norma constitucional não autoaplicável**, a despeito de não ter sido revogado pela ratificação dos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional sobre direitos civis e políticos, **teve sua aplicabilidade obstada, porquanto do caráter supralegal desses tratados decorre um "efeito paralisante" à eficácia das normas infraconstitucionais regulamentadoras das hipóteses de prisão civil que lhes sejam contrárias**. 3. Naquela oportunidade, o STF estendeu a proibição da prisão civil por dívida às hipóteses de infidelidade de depósito de bens, tanto a decorrente de determinação judicial quanto a oriunda de contrato. Na ocasião, ao finalizar o julgamento do HC n.º 87.585, a Suprema Corte determinou a revogação do seu verbete sumular 619: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito". 4. **A nova orientação revela a evolução da jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de privilegiar o que vem sendo preconizado pela ordem jurídica internacional, no que se refere ao sistema de proteção dos direitos humanos, valorizando, na ordem constitucional e legal interna, a proteção e a dignidade da pessoa humana**. Diante desse novel panorama, é inviável a prisão civil do depositário judicial. Precedente desta Turma. 5. Ordem concedida. (HC n.º 130.920/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/4/2009, DJe 13/5/2009)*

Na hipótese, entretanto, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade **não foi ratificada pelo Brasil, não foi internalizada nem como norma supralegal**. Nada obstante, pretende-se demonstrar que sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma *jus cogens*, ou seja, conforme disposto no art. 53 da Convenção de Viena:

norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Extradicação n.º 1.362/DF, o *jus cogens* "independe de ratificação. Quer dizer, ou é um costume internacional, respeitado e praticado, ou não é *jus cogens*. O *jus cogens* não é propriamente Direito positivado; é uma prática internacional generalizadamente reconhecida".

Oportuno, igualmente, citar manifestação do Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, no sentido de que, "nesse particular, digamos assim, **talvez a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal**".

Relevante, anotar, independentemente do *status* que se atribua à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que, no julgamento da Extradicação n.º 1.362/DF, **se considerou inaplicável o *jus cogens*, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição**, porquanto:

*(a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e
(b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6/8/2010).*

Embora referido entendimento tenha sido proferido "por escassa maioria e em composição já modificada do Pleno", considero se tratar de manifestação **válida a qual se deve observância**, porquanto emanada do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, que, de fato, **talvez seja a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não**.

Ademais, uma leitura atenta dos votos proferidos no julgamento da Extradicação n.º 1.362/DF revela que o então Relator, Ministro Edson Fachin, deferiu o pedido, **mesmo considerando que os crimes estariam prescritos no Brasil**, por entender que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade deveria se sobrepor ao requisito da dupla punibilidade.

Considerou, assim, que:

(...) a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal.

Instado a aclarar seu voto, registrou que "se a matéria for apreciada ou fosse – e estou sugerindo que não o seja – à luz da legislação penal comum no Brasil, chegaríamos a um resultado do reconhecimento da prescrição. O que estou sugerindo nesta hipótese é que não incide essa regra, considerando os seguintes requisitos: os delitos são considerados imprescritíveis, expressamente pelo Estado requerente, e essa imprescritibilidade é coerente com norma de Direito Internacional, constante de tratado internacional que o Brasil, na sua Constituição, reconheceu o caráter de suprallegalidade.

Esse é o resumo".

O saudoso Ministro Teori Zavascki inaugurou a divergência, destacando não ser possível considerar o mesmo crime prescrito pelas leis brasileiras e ao mesmo tempo não prescrito pelas leis internacionais. Assim, registrou em seu voto que **"somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, *por óbvio*, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental"**.

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

*EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI N.º 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional" (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21/11/2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente. 2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição. 3. **A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir** (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6/8/2010). 4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto n.º 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição "quando a ação*

ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou requerido” (art. III, c). 5. Pedido de extradição indeferido. (Ext 1362, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 9/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 4/9/2017 PUBLIC 5/9/2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-175 DIVULG 24/8/2018 PUBLIC 27/8/2018).

Nessa linha de intelecção, ainda que se admita o *jus cogens*, o controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, **não se pode perder de vista que o tratado possui *status* supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.**

Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre o *status* dos tratados sobre direitos humanos, bem como **inviabilizaria o exame dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Dessa forma, acaso se admita a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens*, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação n. 1.362/DF, inevitável compatibilizar o controle de convencionalidade com o disposto na Constituição Federal.

Assim, considerando se estar diante de controle sobre Convenção admitida como *jus cogens*, entendo que sua observância na ordem jurídica interna, se legitima a partir do disposto no **art. 5º, § 2º, da Constituição Federal**, o qual dispõe que "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".

Nesse contexto, diante do princípio da **unidade da constituição** – o qual impõe a necessidade de harmonização de eventuais contradições existentes entre as normas constitucionais –, bem como do princípio da **máxima efetividade** – que visa conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais –, entendo que a **observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deve ser compatibilizada com o princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade.** Assim, a aplicação da Convenção não poderia tipificar crimes nem alcançar fatos anteriores à Constituição de 1988, que legitimou sua aplicação.

A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens*, com incidência sobre fatos anteriores à própria promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo sem adesão do Brasil, poderia revelar verdadeira afronta à própria **soberania estatal** e à **supremacia da Constituição da República**. Assim, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia reconhecer referida incidência.

Portanto, admitida a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça exercer o controle de convencionalidade na presente hipótese, esse exame deve observar os princípios e garantias constitucionais, em especial o **princípio da legalidade e da irretroatividade**, conforme já explicitado com relação ao Estatuto de Roma, sob pena de se subverter por completo o ordenamento jurídico pátrio, ofendendo inúmeros outros direitos fundamentais, a pretexto de protegê-los.

Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de **tornar imprescritíveis** crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de **lei em sentido formal**. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade.

Como é cediço, os princípios constitucionais são os vetores do Estado Democrático de Direito, o qual "jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do **princípio da legalidade**, consistente no seguinte preceito: 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal' (art. 5º, XXXIX). Observa-se, ainda, estarem inseridos no mesmo dispositivo outros dois importantes princípios penais: a **anterioridade** e a **taxatividade**". (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 92).

Registro, ainda, no que concerne ao instituto da imprescritibilidade, que a Constituição Federal dispõe serem imprescritíveis, nos termos do art. 5º, incisos XLII e XLIV, apenas a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Para parcela da doutrina, o reconhecimento da imprescritibilidade na própria Constituição Federal, no dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, revela que o instituto da prescrição deve ser encarado como direito fundamental. Assim, a inclusão de outros crimes encontraria óbice no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

De fato, "a chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma **sociedade livre e justa**, conferindo amparo a um **vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos**. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as **garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa**, pois submete o cidadão à **eterna ameaça da repressão estatal**, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime". (CALIXTO, Clarice Costa. Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM julho de 2010 – Vol. 5, N.2. p. 24 e 27).

Realmente, a prescrição penal é "instrumento de concretização do princípio da **segurança jurídica**. Sua aplicação é justificada por fundamentos teóricos historicamente construídos, baseados na reflexão sobre os efeitos do tempo na realidade social e no mundo do direito. Contra uma regressiva propensão de eternização, típica de ordenamentos da Antiguidade, os defensores da prescrição associam o tempo à ideia de mudança, à necessidade de o homem admitir sua finitude e mortalidade. 'Há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão', afirma François Ost. (OST, 2005, p.19). (...). Historicamente, a busca ou nostalgia da eternidade gerou ideologias totalitárias, que interpretam o indivíduo e sua conduta de maneira reducionista, autoritária. (CALIXTO, Clarice Costa. *Ibidem*).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, citado pela doutrina, "o instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações – como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade – gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato" (SANTOS. Christiano Jorge Santos. Prescrição penal e imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 84).

Nessa linha de intelecção, ainda que não se atribua qualquer valor constitucional à prescrição penal, não se pode perder de vista que se trata de norma de **direito material penal**, a qual depende, portanto, de lei interna em sentido formal para ser alterada. Portanto, considero não ser possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, inciso IV, do Código Penal (**norma violadora e não violada**), em face do disposto na

Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o **princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica**, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito.

Dessarte, a admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens* não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, se harmonizar com o regramento pátrio.

Reafirmo minha posição nesse sentido não em desatenção aos Direitos Humanos, os quais me são muito caros, assim como devem ser a todos, mas antes em observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos.

Ressalto, mais uma vez, que o guardião da Constituição Federal, ao analisar o *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, os classificou como normas supralegais, porém infraconstitucionais, salvo se "aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros", ocasião em que serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, ainda que se admita uma norma internacional como *jus cogens*, esta terá *status* infraconstitucional, devendo, portanto, se harmonizar com a Constituição da República. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar o princípio da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal.

Registro, por fim, que o não reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, mais de 45 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude, em completa afronta a princípios constitucionais caros à República Federativa do Brasil (segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade, etc.).

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer do recurso especial e **negar-**

lhe provimento.

Publique-se.

Brasília, 20 de maio de 2021.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator