



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA JUÍZA FEDERAL DA 1ª VARA
CRIMINAL DA 1ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

Ref. às peças de informação do Ministério Público Federal
n1.34.001.001574/2008-17

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelos procuradores que esta subscrevem, tendo tomado conhecimento da promoção de arquivamento firmada por outro órgão da instituição, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar considerações sobre os fundamentos adotados para o mencionado arquivamento e requerer o que segue.

O Excelentíssimo Senhor Procurador da República, Dr. FABIO ELIZEU GASPAR, promoveu o arquivamento da representação formulada pelos órgãos ministeriais signatários da presente manifestação, sob os seguintes fundamentos:

- a) existência de coisa julgada material a impedir a reabertura das investigações, em decorrência do arquivamento de anterior Inquérito Policial pela Justiça Estadual, ainda que esta fosse incompetente;

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- b) irrelevância jurídica de eventual contradição entre o direito interno e as obrigações firmadas pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional;
- c) não admissão de crimes imprescritíveis no direito brasileiro, ao tempo do fato (1976);
- d) inexistência de uma norma consuetudinária internacional fixando a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade em 1976;
- e) impossibilidade de aplicação do costume internacional como fonte normativa perante o direito interno;
- f) aplicabilidade do princípio da legalidade estrita para o tratamento normativo da prescrição.

Com o máximo respeito às cuidadosamente lançadas razões do órgão ministerial oficiante no feito, entendem os ora subscritores que a matéria possui outros relevos e nuances, que podem conduzir a conclusão diversa. Senão vejamos.

1. DA INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA MATERIAL

A promoção de arquivamento reconhece a competência federal para processar e julgar o crime de homicídio que vitimou VLADIMIR HERZOG.

Entretanto, considerou que o arquivamento de inquérito policial anterior, por ordem judicial oriunda de tribunal incompetente, teria produzido coisa julgada material, impeditiva da persecução penal pela Justiça Federal. Com efeito, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de “habeas corpus”, considerou o crime anistiado. Essa decisão desafiou Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, porém, não foi conhecido.

Deve ser salientado que o entendimento esposado na promoção de arquivamento não é pacífico no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Segunda Turma da Corte Máxima possui diversos julgados apontando a inexistência de coisa julgada em decorrência de julgamento contaminado por nulidade absoluta. Confira-se:

“Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. 2. Crime praticado contra os interesses da União Federal. 3. A investigação feita pela Polícia Estadual, incompetente para o procedimento, do âmbito criminal da Justiça Federal de 2º Grau, se arquivada, não pode obstar a apuração dos fatos

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

pela Polícia Federal, que desempenha, também, as funções de polícia judiciária para a Justiça da União, quer em primeiro grau, quer nos Tribunais de segundo grau e superiores e no Supremo Tribunal Federal. 3. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* desprovido." (ROHC nº 77.251-8 – RJ, j. 23/06/98, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA)

E ainda:

"Penal. Processual Penal. *Habeas Corpus*. Inquérito arquivado pela justiça comum. Justiça militar. Denúncia. Exceção de coisa julgada. Delito militar. Incompetência absoluta.

I – ...

II – Não há que se falar em ofensa à coisa julgada, dada a incompetência absoluta da Justiça Comum para processar e julgar o feito.

III – H.C. indeferido." (*Habeas Corpus* nº 84.027-2 – RJ, j. 27/04/04, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. CARLOS VELLOSO)

"Recurso Extraordinário criminal. 2. Arquivamento de Inquérito Policial Militar, por inexistência de crime militar. 3. Correição parcial requerida pelo Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União. 4. Alegação de ocorrência de crime de tortura. Crime comum. Incompetência da Justiça Militar. Inteligência do art. 124 da Constituição Federal. 5. Recurso Extraordinário conhecido e parcialmente provido, determinando-se a remessa dos autos à Seção Judiciária de São Paulo." (Recurso Extraordinário nº 407.721-3 – DF, j. 16/11/04, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. GILMAR MENDES).

Não se desconhece que, em alguns casos, o arquivamento de inquérito policial faz coisa julgada material e que a 1ª Turma do STF já a reconheceu mesmo quando se tratar de decisão exarada por juiz incompetente (*Habeas Corpus* nº 83.346-2 – SP, j. 15/5/05, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Ocorre, porém, que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL consolidou o entendimento (Inq - QO nº 2.341-8 – MT, j. 28/06/07, Pleno, unânime, Rel. Min. GILMAR MENDES) de que apenas em duas hipóteses se verifica a coisa julgada material:

. atipicidade da conduta e

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

. reconhecimento da prescrição.

O caso VLADIMIR HERZOG é distinto, pois o trancamento do Inquérito decorreu de suposto reconhecimento de anistia, sem qualquer juízo sobre o fato praticado e a consumação do prazo prescricional.

Assim, não só a nulidade absoluta do ato decisório da Justiça estadual, como também a natureza do conteúdo da decisão, impedem o reconhecimento da existência de coisa julgada material. É possível, portanto, a realização de persecução penal na esfera da competência federal.

2. CONCEITO DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE E SUA RAZÃO DE SER

O conceito de crime contra a humanidade é senso comum desde a Primeira Guerra Mundial, especialmente após o massacre da minoria armênia na Turquia. O Tratado de Sèvres¹, firmado entre a Turquia e as potências aliadas vencedoras da Primeira Guerra Mundial², trouxe o embrião da responsabilidade internacional de crimes praticados por agentes de um Estado contra minorias internas. Em especial o artigo 230 previa a entrega de quaisquer pessoas que tivessem participado dos massacres cometidos dentro do próprio território do Império Turco, durante o período de guerra, a tribunais internacionais que viessem a ser instituídos pela Liga das Nações.

Entretanto, são a 2ª Guerra Mundial e a política de extermínio de judeus pelo governo nazista que atuam como catalisadores para os primeiros processos contra perpetradores de crimes de lesa-humanidade. Sob as regras dos crimes de guerra então vigentes, a perseguição a segmentos da população civil do próprio país não era punível. Assim, o conceito de crime contra a humanidade foi consolidado e aplicado para evitar que a perseguição a cidadãos nacionais não ficasse impune.³

A primeira formalização do crime contra a humanidade ocorreu, portanto, no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal de Nüremberg. Note-se que, já naquele tempo, não se tratou da instituição de tipo penal para aplicação

¹ Disponível em: <http://wwi.lib.byu.edu/index.php/Section_I%2C_Articles_1_-_260>. Acesso em 25 ago. 2008. Vide especialmente artigo 230 e artigos 140 a 151.

² Esse Tratado, porém, jamais entrou em vigor, pois não foi ratificado pelo Parlamento da Turquia.

³ FENRICK, William J. Should crimes against humanity replace war crimes? *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 37, n° 3, p. 767-785. 1999.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

retroativa, mas sim da consolidação escrita do conceito construído desde o início do século no direito internacional.

Foram qualificados como crimes dessa natureza os atos desumanos cometidos contra a população civil, a perseguição por motivos políticos, o homicídio, o extermínio e a deportação, dentre outros. Confira-se:

“Artigo 6º- O Tribunal estabelecido pelo Acordo aludido no Artigo 1º do presente para o ajuizamento e condenação dos principais criminosos de guerra do Eixo estará legitimado para julgar e condenar aquelas pessoas que, atuando em defesa dos interesses dos países do Eixo, cometeram os delitos que constam a seguir, individualmente ou como membros de organizações:

(...)

(c) CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: A saber, o **homicídio**, o extermínio, a escravidão, a deportação e **outros atos desumanos cometidos contra a população civil antes da guerra ou durante a mesma, a perseguição por motivos políticos**, raciais ou religiosos na execução daqueles crimes que sejam competência do Tribunal ou relacionados aos mesmos, constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados.”⁴ (negritamos)

Essa definição de crimes contra a humanidade do Estatuto do Tribunal de Nuremberg foi ratificada na primeira sessão da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 11 de dezembro de 1946, através da Resolução nº 95. Nessa ocasião, a ONU **confirmou**:

“(...) os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças de referido Tribunal”.⁵

Em 1947 a Assembleia Geral da ONU determinou que esses princípios de direito internacional utilizados pelo Tribunal de Nuremberg fossem consolidados em um documento escrito, cuja elaboração foi confiada à Comissão de Direito Internacional (Resolução nº 177 (II), de 21.11.1947). A

⁴ Tradução livre do texto. Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_1_1950.pdf>. Acesso em 24 set. 2007.

⁵ Tradução livre do texto. Resolução nº 95 (I), 55ª reunião plenária de 11 de dezembro de 1946. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/036/55/IMG/NR003655.pdf?OpenElement>>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Comissão, em 1950, aprovou um rol de sete princípios, valendo destacar o segundo princípio:

“O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.”⁶

Esse princípio estabelece uma norma contra a impunidade nos crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade. Sempre que o direito interno de um país (ou suas instituições) não for apto a punir os autores desses delitos, deverá ser aplicado o direito internacional para garantir a responsabilização pessoal do perpetrador da violação. Óbices de qualquer natureza devem ser afastados, desde atipicidade, até anistias ou prescrições.

Por outro lado, a Comissão de Direito Internacional reafirmou no sexto princípio o conceito de crime contra a humanidade como sendo o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos inumanos praticados contra qualquer população civil, bem como a perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando tais atos ou perseguições forem praticados em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra.⁷

Nesse particular, vale destacar que a cláusula do Tribunal de Nuremberg, traduzida no sexto princípio acima mencionado, no sentido da necessidade de vínculo entre o crime de lesa-humanidade e crimes de guerra ou contra a paz foi paulatinamente afastada. Tal exigência de nexos com uma guerra (*war nexus*) era pertinente nos julgamentos levados a efeito no Tribunal de Nuremberg, especialmente para deixar claro que fatos ocorridos antes de 1939 não seriam objeto de julgamento pelo Tribunal Militar.

De fato, também em 1945 as forças de ocupação aliadas (ex-URSS, EUA, Grã-Bretanha e França) editaram a Lei nº 10, do Conselho de Controle

⁶ Tradução livre do texto. *Principles of International Law recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal. Principle II:* “The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from the responsibility under international law.” Disponível em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf>. Acesso em 09 set. 2008.

⁷ *Principle VI:* “The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (...) (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.” In *Ibidem*.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

na Alemanha, estipulando a punição de crimes contra a humanidade. Nesta lei não existe qualquer exigência de vínculo desses delitos com crimes de guerra.⁸

A Assembléia Geral da ONU, em 1966 (XXI), deixou extreme de dúvidas a inexigibilidade do vínculo com uma guerra para caracterizar o crime de lesa-humanidade. Nesse ano foram aprovadas duas Resoluções que identificam a ocorrência do delito independentemente da existência de guerra ou de atentado à paz. Trata-se das Resoluções 2.184 e 2.202, as quais, respectivamente, condenam como crimes contra a humanidade (i) a política de Portugal de violação dos direitos econômicos e sociais da população indígena de territórios estrangeiros sob seu domínio e (ii) a prática do apartheid pelo governo da África do Sul.

A exigência ou não de um vínculo entre crimes de guerra e crimes contra a humanidade recebeu detido exame pelo Tribunal da ONU para os crimes cometidos na ex-Iugoslávia (TPII). Em especial no caso TADIC, a Corte esclareceu que:

“78. (...) O vínculo no Estatuto de Nüremberg entre crimes contra a humanidade e as outras duas categorias, crimes contra a paz e crimes de guerra, era próprio ao contexto do Tribunal de Nüremberg, estabelecido especificamente ‘para o justo e imediato julgamento e punição dos maiores criminosos de guerra dos países do Eixo Europeu.’ (Estatuto de Nüremberg, artigo 1º). Como alguns dos crimes cometidos pela Alemanha Nazista eram de natureza tão abominável ao ponto de chocar a consciência da humanidade, decidiu-se pela inclusão dos crimes contra a humanidade de forma a permitir que o Tribunal Militar Internacional julgasse os maiores criminosos de guerra pelos atos cruéis cometidos contra os Judeus Alemães, dentre outros, que, como Alemães nacionais, estavam excluídos do âmbito de proteção legal, que apenas proibia violações de direitos envolvendo populações adversárias ou inimigas. (Vide Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* para. 169 (1986).)

⁸ Essa lei definiu crimes contra a humanidade como: “*atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated.*” In Control Council No. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against the Peace and Against Humanity, art. II (c), (1945) *apud* SHAACK, Beth Van. The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence. *Columbia Journal of Transnational Law*, New York, v. 37, nº 3, p. 787-850. 1999.

79. Que nenhum vínculo é requerido no direito internacional consuetudinário, entre crimes contra a humanidade e crimes contra a paz ou crimes de guerra, está fortemente demonstrado em decisão subsequente. O tribunal militar, criado pela Lei nº 10 do Conselho de Controle, declarou, no caso *Einsatzgruppen*, que:

'Crimes contra a humanidade são atos cometidos no curso de violação maciça e sistemática à vida e à liberdade... O tribunal militar internacional, atuando sob a égide do Estatuto de Londres, declarou que as disposições do Estatuto limitavam o Tribunal a considerar crimes contra a humanidade apenas aqueles que foram cometidos na execução de ou em conexão com crimes contra a paz ou crimes de guerra. O Conselho de Controle Aliado, na Lei nº 10, removeu esta limitação de maneira a que o Tribunal tenha competência para julgar todos crimes contra a humanidade como longamente conhecidos e entendidos sob os princípios gerais do direito penal. (4 Trials of War Criminals 499).'

80. Ademais, o Relator Especial da Comissão de Direito Internacional se pronunciou da seguinte maneira:

'Primeiramente vinculado ao estado de guerra... o conceito de crimes contra a humanidade paulatinamente veio a se tornar autônomo e, hoje, é completamente separado daquele dos crimes de guerra... Crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempo de guerra ou de paz; crimes de guerra podem ser cometidos apenas em tempo de guerra.' (Seventh Report on the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, [1989] 2 Yearbook of ILC, U. N. Doc., A/N/CN.4/SER. A/1986/Add. 1)." ⁹ (grifos nossos)

O costume internacional após 1946 demonstrou, desse modo, que o vínculo com crimes de guerra havia sido fixado no Estatuto de Nuremberg como mecanismo de definição da sua jurisdição. Novamente, vale a reprodução de parte do julgamento do caso TADIC:

"249. A Corte de Apelação também concorda com a Acusação no sentido de que a expressão 'cometidos em conflito armado' do Artigo 5º do Estatuto requer nada mais que a *existência* de um conflito armado no tempo e lugar apropriados. A Acusação está, além disso, correta ao

⁹ Tradução livre do texto. Cf. Caso "Prosecutor v. Dusko Tadic". IT-94-1-T. "Decision on the defence motion on jurisdiction". 10 de agosto de 1995. Par 78-80. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/decision-e/100895.htm>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

afirmar que o requisito do conflito armado é um elemento *jurisdicional* e não 'um elemento essencial da *mens rea* dos crimes contra a humanidade' (i.e., não um componente legal do elemento subjetivo do crime)".¹⁰ (destaques no original)

Cabe destacar a importância, para o Brasil e toda a comunidade internacional, da interpretação adotada pelo Tribunal Penal Internacional para os Crimes cometidos na ex-Iugoslávia (TPII). Este Tribunal foi criado pelas Resoluções 808 e 827 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), com base na sua competência voltada à preservação da paz internacional. Tal competência – prevista no Capítulo VII da Carta da ONU – permite que o Conselho de Segurança (CS) edite *resoluções vinculantes* a todos os membros daquela Organização Internacional.

De fato, o Conselho de Segurança pode adotar toda e qualquer medida necessária à manutenção da paz, devendo o restante dos membros, inclusive os divergentes, cumprir o decidido pelo Conselho. Os artigos 25 e 48 (dentre outros) da Carta da ONU são esclarecedores:

"Artigo 25 - Os Membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta.

(...)

Artigo 48 - 1. A ação necessária ao cumprimento das decisões do Conselho de Segurança para manutenção da paz e da segurança internacionais será levada a efeito por todos os Membros das Nações Unidas ou por alguns deles, conforme seja determinado pelo Conselho de Segurança.

2. Essas decisões serão executadas pelos Membros das Nações Unidas diretamente e, por seu intermédio, nos organismos internacionais apropriados de que façam parte." (grifos nossos)

No mesmo sentido, assim se manifestou o Secretário-Geral da ONU:

"O Conselho de Segurança expressou ... seu grave alarme aos contínuos informes de violações generalizadas do direito humanitário internacional

¹⁰ Tradução livre do texto. Cf. Caso "Prosecutor v. Dusko Tadic". IT-94-1-T. "Appeals Chamber-Judgement". 15 de julho de 1999. Par 249. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/judgement/tad-aj990715e.pdf>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

no território da ex-Iugoslávia, incluindo relatos de assassinatos em massa e a continuação da prática de 'limpeza étnica'. O Conselho resolveu que esta situação constitui uma ameaça à paz e à segurança internacionais, e declarou que está determinado a pôr termo a estes crimes e a tomar medidas efetivas para submeter à justiça os responsáveis. O Conselho de Segurança declarou sua convicção de que, nas circunstâncias particulares da ex-Iugoslávia, a instituição de um tribunal internacional permitiria alcançar esse objetivo e contribuiria para a restauração e manutenção da paz.¹¹

Por seu turno, a Resolução nº 827 (1993) – a qual em conjunto com a Resolução nº 808 tratou da criação do TPII – expressamente menciona que a instituição do Tribunal era a resposta necessária para a manutenção da paz e, ainda, que o Conselho de Segurança agia usando sua competência estabelecida no Capítulo VII da Carta da ONU. *In verbis*:

“Determinando que esta situação continua a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais,

Resolvido a pôr termo a estes crimes e a tomar medidas efetivas para submeter à justiça os responsáveis,

Convicto de que, nas circunstâncias particulares da ex-Iugoslávia, a instituição, como medida *ad hoc*, de um tribunal internacional pelo Conselho e a persecução criminal dos indivíduos responsáveis por graves violações do direito humanitário internacional permitiria alcançar esse objetivo e contribuiria para a restauração e manutenção da paz,

(...)

ATUANDO DE ACORDO COM O CAPÍTULO VII DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS,

1. Aprova o relatório do Secretário-Geral;
2. Decide estabelecer um tribunal internacional com a finalidade exclusiva de processar os indivíduos responsáveis por graves violações do direito humanitário internacional cometidas no território da ex-Iugoslávia entre 1º de janeiro de 1991 e uma data

¹¹ Tradução livre do texto. Cf. Relatório do Secretário Geral referente ao parágrafo 2º da Resolução 808 (1993), S/25704, de 3 de maio de 1993. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/legaldoc-e/basic/statut/s25704.htm>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

que o Conselho de Segurança determinará uma vez restaurada a paz e, com esse fim, adotar o Estatuto do Tribunal Internacional anexado ao relatório anteriormente mencionado;”¹²

Assim, a interpretação do TPII sobre a desvinculação entre os crimes contra a humanidade e o contexto de guerras é interpretação autêntica do estágio do Direito Internacional, por parte de órgão criado pelo Conselho de Segurança por resolução vinculante. Assim, as interpretações do TPII vinculam toda a comunidade internacional, devendo os Estados agir em consonância com as determinações do Tribunal para o cumprimento de suas missões.

Em outras palavras: a interpretação realizada pelo TPII sobre o conteúdo do costume internacional relativo ao crime contra a humanidade (apontando inexistência do requisito de vínculo desses delitos com crimes de guerra ou contra a paz desde 1945) deve ser seguida pelo Brasil.

Em importante precedente, o Juiz LOUCAIDES, da Corte Européia de Direitos Humanos, chegou à mesma conclusão (julgamento do caso SENTINELAS DO MURO DE BERLIM)¹³:

“Resolução 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1946, declara expressamente ‘os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg e as sentenças de referido Tribunal’ e a exposição daqueles princípios foi incumbida à Comissão de Direito Internacional, ‘no contexto de uma codificação geral dos crimes contra a paz e a segurança da humanidade, ou de um Código Criminal Internacional’. Esta resolução demonstrou a opinião predominante dos Estados e da prática dos Estados em relação aos princípios em questão e, no que diz respeito ao assunto, deu sólido amparo legal à pretensão de que esses princípios eram elementos componentes do direito internacional consuetudinário. [vide, *inter alia*, *Daillier and Pellet, Droit international public*, 6th edition, p. 677].

¹² Tradução livre do texto. Cf. Resolução n° 827 (1993), 3217ª sessão do Conselho de Segurança. 25 de maio de 1993. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/306/31/IMG/N9330631.pdf?OpenElement>>. Acesso em 08 set. 2008.

¹³ Tradução livre do texto. Caso “Streletz, Kessler and Krenz v. Germany”. Applications n°s. 34044/96, 35532/97 e 44801/98. Julgado em 22 de março de 2001. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Kessler&sessionId=13645944&skin=hudoc-en>>. Acesso em 09 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A conexão dos crimes contra a humanidade com atividades de guerra não foi considerada um requisito para a configuração de tais crimes.”

Nesse mesmo sentido, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso ALMONACID ARELLANOS:

“95. O homicídio como crime de lesa-humanidade foi codificado pela primeira vez no artigo 6.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, o qual foi anexado ao Acordo para o estabelecimento de um Tribunal Militar Internacional encarregado do juízo e castigo dos principais criminosos de guerra do Eixo Europeu, assinado em Londres em 8 de agosto de 1945 (o ‘Acordo de Londres’). Pouco tempo depois, em 20 de dezembro de 1945, a Lei do Conselho de Controle nº 10 também consagrou o homicídio como um crime de lesa-humanidade em seu artigo II.c. De forma similar, o delito de homicídio foi codificado no artigo 5.c do Estatuto do Tribunal Militar Internacional para o julgamento dos principais criminosos de guerra do Oriente (Estatuto de Tokio), adotado em 19 de janeiro de 1946.

96. A Corte, ademais, reconhece que o Estatuto de Nüremberg exerceu um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam um crime como de lesa-humanidade. Este Estatuto proporcionou a primeira articulação dos elementos de referida ofensa, que basicamente foram mantidos desde a sua concepção inicial até a data da morte do senhor Almonacid Arellano, com a exceção de que os crimes contra a humanidade podem ser cometidos em tempos de paz e em tempos de guerra. (...)

97. Por sua vez, o Tribunal Militar Internacional para o Julgamento dos Principais Criminosos de Guerra (adiante ‘o Tribunal de Nüremberg’), o qual detinha jurisdição para julgar os crimes estabelecidos no Acordo de Londres, indicou que o Estatuto de Nüremberg ‘é a expressão de direito internacional existente no momento de sua criação; e nesse sentido é em si mesmo uma contribuição ao direito internacional’. Com isto, foi reconhecida a existência de um costume internacional, como uma expressão do direito internacional que condenava esses crimes.

(...)

99. Baseando-se nos parágrafos anteriores, a Corte acredita que há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte do senhor

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Almonacid Arellano, a prática de crimes de lesa-humanidade, incluindo o homicídio executado em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil, violaria uma norma imperativa do direito internacional. Mencionada proibição de cometer crimes contra a humanidade é uma norma de *ius cogens*, e a punição destes crimes é obrigatória conforme o direito internacional geral.”¹⁴

Assim, quando membros das Forças Armadas e da polícia no Brasil praticavam, nos anos sessenta e setenta, o seqüestro, a tortura, o homicídio e a ocultação de cadáveres, dentro de um padrão de perseguição a qualquer suspeita de dissidência política, essas condutas já eram reputadas pelo direito como crimes contra a humanidade, independentemente do contexto de uma guerra.

É particularmente importante que não se tenha dúvidas quanto à existência de um regime jurídico específico sobre crimes contra a humanidade, vigente antes da perpetração por agentes do governo brasileiro dos graves crimes apontados nesta representação. A antijuridicidade da conduta de matar e torturar em larga escala era evidente a qualquer um, mormente após os horrores da Segunda Guerra Mundial e a condenação internacional dos responsáveis.

Note-se que o Brasil firmara tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948) como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, dezembro de 1948). Em ambas consagraram-se princípios constantes do costume internacional, valendo destacar os seguintes:

. Declaração Americana:

“Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

(...)

Artigo XXV. (...) Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um

¹⁴ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 95-97 e 99. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

Artigo XXVI. (...) Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas.”

. Declaração Universal:

“Artigo III. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

(...)

Artigo V. Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Outros estatutos voltaram a contemplar o crime contra a humanidade mais recentemente. É o caso do artigo 5 do Estatuto do TPII (25 de maio de 1993)¹⁵ e o artigo 3 do Estatuto do Tribunal Penal para Ruanda (8 de novembro de 1994)¹⁶. Finalmente, o artigo 7 do Estatuto de Roma (17 de julho de 1998), que criou o Tribunal Penal Internacional – ratificado e promulgado pelo Brasil em 2002¹⁷, – definiu que:

“Crimes Contra a Humanidade

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

a) Homicídio;

¹⁵ “ARTIGO 5 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil: homicídio; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; estupro; perseguição política, racial ou por motivos religiosos; outros atos desumanos.” Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/legaldocs/index.htm>>. Acesso em 24 set. 2007.

¹⁶ “ARTIGO 3 – CRIMES CONTRA A HUMANIDADE – O Tribunal Internacional de Ruanda terá competência para processar pessoas responsáveis pela prática dos crimes abaixo assinalados, quando cometidos como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil por motivos de nacionalidade ou por razões políticas, étnicas, raciais ou religiosas: homicídio intencional; extermínio; escravidão; deportação; prisão; tortura; estupro; perseguição política, racial ou por motivos religiosos; outros atos desumanos.” Tradução livre do texto. Disponível em: <[http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955\(1994\)Espanol.pdf](http://69.94.11.53/ENGLISH/Resolutions/S-RES-955(1994)Espanol.pdf)>. Acesso em 24 set. 2007.

¹⁷ Cf. Decreto n° 4388, de 25 de setembro de 2002.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

- 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, escravidão 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.”¹⁸

Percebe-se que, desde o Estatuto do Tribunal de Nüremberg, não há uma tipificação específica e inovadora dos crimes contra a humanidade. O que os caracteriza é a especificidade do contexto e da motivação com que praticados. Tampouco há um rol taxativo de crimes que possam assumir essa qualificação. Qualquer crime grave contra os direitos humanos pode vir a ser reconhecido como atentatório à humanidade, se praticado dentro de um padrão de perseguição a determinado grupo da sociedade civil, por qualquer razão (política, religiosa, racial ou étnica).

A definição adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é justamente nesse sentido, pois afirma que **crimes contra a humanidade são caracterizados pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os**

¹⁸ Tradução livre do texto. Disponível em: <[http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>. Acesso em 24 set. 2007.

desaparecimentos forçados, cometidos em um contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou de paz.¹⁹

Analisando os elementos desse conceito, aponta LUCIA BASTOS:

“No âmbito do direito internacional, a categoria dos crimes contra a humanidade é abrangente, mas suficientemente bem definida, pois ela inclui ações que têm em comum as seguintes características: (i) são ofensas particularmente repulsivas, no sentido de que constituem um sério ataque à dignidade humana, uma grave humilhação ou degradação de seres humanos; (ii) não são eventos isolados ou esporádicos, mas sim parte de uma política de governo ou de uma prática sistemática e freqüente de atrocidades que são toleradas, perdoadas ou incentivadas por um governante ou pela autoridade de fato; (iii) são atos proibidos e podem ser conseqüentemente punidos, independente se tenham sido perpetrados em tempos de guerra ou de paz; (iv) as vítimas do crime devem ser civis, ou no caso de crimes cometidos durante um conflito armado, pessoas que não tenham tomado parte nas hostilidades.”²⁰

Não há a necessidade de consumação de um genocídio. É suficiente que se verifique a prática de apenas um ato ilícito para que consume um crime contra a humanidade: **“um só ato cometido por um agente no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz consigo responsabilidade penal e individual, e o agente não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável”**.²¹ (TPII, caso TADIC)

Por outro lado,

¹⁹ Cf. Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”. “Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas”. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C, nº 154. Par. 96. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.doc>. Acesso em 24 set. 2007.

²⁰ BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 32.

²¹ Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Dusko Tadic”. IT-94-1-T. “Opinion and Judgement”. 7 de maio de 1997. Par. 649. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/trialc2/judgement/tad-ts70507JT2-e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007. Igual entendimento foi posteriormente firmado pelo Tribunal em “Prosecutor v. Kupreskic”. IT-95-16-T. “Judgement”. 14 de Janeiro de 2000. Par. 550, Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kupreskic/trialc2/judgement/kup-tj000114e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007; e “Prosecutor v. Kordic and Cerkez” 9. IT-95-14/2-T. “Judgement”. 26 de fevereiro de 2001. Par. 178. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/kordic/trialc/judgement/kor-tj010226e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“[d]iferentemente dos crimes de guerra, os crimes contra a humanidade não precisam de um elemento transnacional; e distintamente do genocídio, eles não estão limitados a casos nos quais uma intenção de destruir um grupo racial, étnico ou religioso pode ser comprovada. A dimensão internacional é determinada pela falta de habilidade dos mecanismos estatais normais de controle para tratar da criminalidade provocada pelo próprio Estado ou por seus líderes – pois somente mecanismos internacionais poderiam administrar esse problema”²².

A razão de ser do conceito de crime contra a humanidade reside, portanto, na necessidade de **não deixar impunes** graves perpetrções de atos desumanos, principalmente quando circunstâncias internas do Estado impedem ou dificultam a responsabilização. Existem vários motivos para que crimes dessa estirpe fiquem sem punição no âmbito do sistema ordinário criminal. O mais comum reside na incapacidade do Poder Judiciário e demais órgãos responsáveis pela persecução penal de agir de modo independente e imparcial em relação aos agentes políticos que determinaram ou participaram (comissiva ou omissivamente) dos atos de violações aos direitos humanos. Com efeito, na vigência ou na seqüência de um regime autoritário é comum a presença na composição das Cortes e dos órgãos de investigação de pessoas que foram investidas em seus cargos pelos governos ditatoriais, permanecendo a eles vinculados. Por outro lado, nos períodos imediatamente subseqüentes às ditaduras, as instituições ainda não se sentem suficientemente fortalecidas para confrontar e investigar o anterior regime, e, muito menos, para aplicar sanções penais aos seus líderes e colaboradores.

Ademais, há os casos de alteração do direito positivo interno pelo governo autoritário para tornar seus atos imunes à persecução penal. A estratégia jurídica pode se concretizar de vários modos, tais como: tornando atípicos certos delitos, reduzindo penas, criando excludentes de culpabilidade ou de punibilidade, instituindo auto-anistias etc.

Por esse motivo, o reconhecimento de um crime contra a humanidade implica a adoção de um regime jurídico imune a manobras de impunidade. Diante dos óbices (acima apontados) que se põem à responsabilização através dos instrumentos ordinários do direito penal e

²² BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. *As Leis de Anistia face o Direito Internacional. O caso brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 33.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

processual penal, a prática dos gravíssimos atos de violação sistemática e massiva de direitos humanos²³ resulta, dentre outras medidas:

- a) na jurisdição universal para o processamento e julgamento dos autores dos crimes, evitando que a omissão do sistema interno de justiça do país em que cometidos possa representar impunidade²⁴;
- b) no afastamento da prescrição (*period of limitation*), permitindo que os crimes sejam apurados e seus autores processados e punidos quando o sistema de justiça tiver retomado plenamente as condições de promover um processo justo;
- c) na desconsideração de leis editadas durante o regime autoritário que beneficiem desproporcionalmente os autores desses crimes, sejam elas de qualquer hierarquia ou natureza, inclusive leis de auto-anistias no âmbito ou não de uma anistia bilateral; e
- d) na proibição de julgamento dos acusados pela Justiça Militar, dada a sua vinculação orgânica com as forças de repressão.

Esse regime especial é “um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais”²⁵.

Em suma, a persecução penal deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e deve ser orientada a determinar a verdade real e a permitir

²³ Um crime contra a humanidade é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos e afeta toda a humanidade. No caso “Prosecutor v. Erdemovic”, o Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia indicou que: “[c]rimes contra a humanidade são sérios atos de violência que danificam os seres humanos ao atingir o que há de mais essencial para eles: sua vida, sua liberdade, seu bem estar físico, sua saúde e/ou sua dignidade. São atos desumanos que por sua extensão e gravidade ultrapassam os limites do tolerável para a comunidade internacional, que deve necessariamente exigir sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, porque quando o indivíduo é agredido, se ataca toda a humanidade. Por isso, o que caracteriza essencialmente o crime contra a humanidade é a qualificação da humanidade como vítima.” Tradução livre do texto. Cf. Caso “Prosecutor v. Erdemovic”. IT-96-22-T. “Sentencing Judgement”. 29 de novembro de 1996. Par. 28. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/erdemovic/trialc/judgement/erd-ts961129e.pdf>>. Acesso em 25 set. 2007.

²⁴ É o caso, dentre outros, do julgamento pelo sistema de justiça israelense de ex-oficiais nazista (v.g., caso “Eichmann”), bem como do julgamento do ex-ditador chileno Augusto Pinochet pela Justiça espanhola.

²⁵ Tradução livre do texto. Cf. “Cuestión del castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad”. Resolução nº 2583 (XXIV), 1834a sessão plenária de 15 de dezembro de 1969. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/259/73/IMG/NR025973.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

o processamento, a prisão, o julgamento e a condenação de todos os responsáveis intelectuais e materiais dos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar envolvidos agentes estatais²⁶, sem prejuízo – por óbvio – das garantias processuais dos investigados ou acusados.

Frise-se que a mera passagem institucional de um governo de exceção para um democrático não é suficiente para reconciliar a sociedade e sepultar as violações aos direitos humanos. A denominada Justiça Transicional – conjunto de medidas consideradas necessárias para a superação de períodos de graves violações a direitos humanos ocorridas no bojo de conflitos armados (v.g., guerras civis) ou de regimes autoritários (ditaduras) – implica a adoção de providências tendentes a:

- a) esclarecer a **verdade**, tanto histórica (a que se considera obtida mediante Comissões de Verdade) quanto judicial (apurada no bojo de ações judiciais), procedendo-se à abertura dos arquivos estatais relacionados ao período de exceção;
- b) realizar a **justiça**, mediante a responsabilização dos violadores de direitos humanos, notadamente os autores de crimes considerados como de lesa-humanidade;
- c) promover a **reparação** dos danos às vítimas;
- d) **reformular** institucionalmente **os serviços de segurança**, inclusive as Forças Armadas e os órgãos policiais, para adequá-los à pauta axiológica do regime de um Estado Democrático de Direito, fundado no respeito aos direitos fundamentais; e
- e) instituir espaços de **memória**, para que as gerações futuras possam conhecer e compreender a gravidade dos fatos.²⁷

A promoção da verdade, da justiça, da reparação, da memória e da reforma institucional é indispensável para a consecução do objetivo da **não-**

²⁶ Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso “Ximenes Lopes Vs. Brasil”. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C, nº 149. Par. 148. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.doc>. Acesso 24 set. 2007; Caso “Baldeón García Vs. Perú”. Sentença de 06 de abril de 2006. Série C, nº 147. Par. 94. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp3.doc>. Acesso 24 set. 2007; e Caso “de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia”. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140. Par. 143. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_ing.doc>. Acesso 24 set. 2007.

²⁷ Vide BLICKFORD, Louis. *Transicional Justice* (verbete). In *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*, Macmillan Reference USA, 2004. Reproduzido em <<http://www.ictj.org/static/TJApproaches/WhatisTJ/macmillan.TJ.eng.pdf>>. Acesso em 18 abr. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

repetição. De fato, as medidas de Justiça Transicional são instrumentos de prevenção contra novos regimes autoritários partidários da violação de direitos humanos, especialmente por demonstrar à sociedade que esses atos em hipótese alguma podem ficar impunes. Nesse sentido, reforçam a cidadania e a democracia pela valorização da verdade e da reparação, bem como pelo repúdio à cultura da impunidade e do segredo.

Aliás, é notório que o uso da tortura e da violência como meios de investigação ainda hoje pelos aparatos policiais brasileiros decorre – em grande medida – dessa cultura da impunidade. A falta de responsabilização dos agentes públicos que realizaram esses atos no passado *inspira e dá confiança* aos atuais perpetradores.

É o que confirmaram empiricamente as pesquisadoras KATHRYN SIKKINK e CARRIE BOOTH WALLING: países da América Latina que promoveram ações de responsabilização dos perpetradores de crimes contra a humanidade cometidos durante as respectivas ditaduras e instituíram Comissões de Verdade possuem, hoje, uma democracia e um respeito aos direitos humanos em patamar mais elevado. E nenhum deles experimentou retrocesso por ter promovido justiça e verdade.²⁸

A não responsabilização dos crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil impede, pois, a conclusão da transição à democracia e a consolidação do Estado de Direito.

3. CRIMES CONTRA A HUMANIDADE SÃO IMPRESCRITÍVEIS

É obrigatória a punição, a qualquer tempo, dos autores de crimes contra a humanidade. Trata-se de um princípio de direito inerente à própria definição do crime contra a humanidade, de respeito obrigatório por todos os países por força do costume internacional.

De fato, e conforme já exposto acima, o conceito de crime contra a humanidade integra o costume internacional, especialmente após a confirmação dos princípios do Tribunal de Nüremberg pela Assembléia Geral da ONU, em 1946 (Resolução nº 95 (I)). Esses crimes, dada a sua própria

²⁸ SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impacts of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, Los Angeles, London, New Delhi and Singapore, v. 44, nº 4, p. 427-445. 2007. Segundo o estudo, “Brazil experienced a greater decline in its human rights practices than any other transitional country in the region.” (p. 437).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

definição, não podem ficar sem responsabilização, ainda que o direito interno de um país possua mecanismos legais que impliquem impunidade.

Conforme consolidou a ONU no Princípio II relativo aos julgamentos do Tribunal de Nüremberg: “O fato do direito interno não impor punição a um ato que constitui crime segundo o direito internacional não exime a pessoa que cometeu o ato de ser responsabilizada perante o direito internacional.”²⁹

É possível, portanto, afirmar que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. Esse atributo é essencial, pois a finalidade da qualificação de um crime como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune em decorrência de qualquer fator jurídico ou político.

Essa característica essencial do crime contra a humanidade foi afirmada pela Assembléia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, a saber:

- i. n° 2.338 (XXII), de 1967;
- ii. n° 2.391 (XXIII), de 1968;
- iii. n° 2.583 (XXIV), de 1969;
- iv. n° 2.712 (XXV), de 1970;
- v. n° 2.840 (XXVI), de 1971; e
- vi. n° 3.074 (XXVIII), de 1973.

A primeira delas, reconhecendo a natureza da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e crimes de guerra, exterioriza a decisão da Assembléia Geral de estabelecer formalmente – mediante convenção específica – esse princípio. Vale destacar um dos seus considerandos:

*“Reconhecendo que é necessário e oportuno afirmar no direito internacional, através de uma convenção, o princípio da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, e assegurar sua aplicação universal”.*³⁰

²⁹ Vide item 1 supra.

³⁰ Tradução livre do texto. Resolução n° 2.338 (XXII), 1638ª reunião plenária de 18 de dezembro de 1967. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NRO/240/15/IMG/NR024015pdf?OpenElement>>. Acesso em 08 set. 2008. Texto original: “‘Recognizing’ that it is necessary and timely to affirm in international law, through a convention, the principle that there is no period of limitation for war crimes and crimes against humanity, and to secure its universal application”.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Destaque-se que as Resoluções da Assembléia Geral da ONU consolidam o costume internacional sobre a matéria, como observa CARVALHO RAMOS:

“(...) as resoluções da Assembléia Geral da ONU são consideradas hoje uma importante etapa na consolidação de costumes de Direito Internacional dos Direitos Humanos existentes, tendo contribuído também na formação de novas regras internacionais, como demonstram as diversas convenções internacionais de direitos humanos, originariamente resoluções da Assembléia Geral.”³¹

Em 1968 foi então aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. O seu artigo 1º, item 2, dispõe expressamente serem “imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos”, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, tal como definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 (I) e nº 95 (I) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946.

A elaboração dessa Convenção não representou um “direito novo”, mas sim a formalização escrita de um princípio já então vigente, em procedimento absolutamente corriqueiro no âmbito do direito internacional, conforme aponta ACCIOLY:

“Como prova do direito costumeiro, citam-se atualmente os tratados internacionais que ainda não tenham entrado em vigor ou que não foram ratificados por um Estado contra o qual alguma de suas normas tenha sido invocada.”³²

Assim, a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-humanidade de 1968 é a exteriorização formal de um

³¹ CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56.

³² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 45. Vide, ainda, JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, para quem as declarações da Assembléia Geral da ONU podem explicitar normas consuetudinárias existentes, bem como gerar efeito concretizador de novos costumes graças ao apoio dos Estados e ainda estabelecer um efeito indutor de novas práticas costumeiras, fornecendo a *opinio juris* necessária para a consolidação do costume internacional. In *El Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 39 e seguintes *apud* CARVALHO RAMOS, André de. *Direitos Humanos na Integração Econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, nota de rodapé 229, p. 102-103.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

conceito material que se consolidara através do costume internacional.³³ Ela **não** inovou no ordenamento jurídico internacional quando tratou da imprescritibilidade dos crimes de guerra e contra a humanidade, mas sim **codificou** uma norma geral e compulsória decorrente do **costume internacional**.

Em realidade, é evidente que em 1964 fazia parte de qualquer ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito a ilicitude da tortura e outras formas de tratamento cruel, principalmente quando impingidos por agentes estatais. Ao menos desde o final da 2ª Guerra Mundial, quando a humanidade tomou amplo conhecimento das barbáries praticadas pelo governo nazista contra cidadãos do seu próprio país, a inadmissibilidade dessas condutas era parte do *jus cogens*.

Vale, nesse particular, transcrever parcialmente decisão da Justiça do Chile, relativa ao caso CARLOS PRATS, ex-comandante do Exército chileno no governo SALVADOR ALLENDE que, por ordens do governo PINOCHET, foi assassinado juntamente com sua esposa, em 1974, na Argentina, quando lá se encontrava exilado. A decisão foi proferida pelo Ministro de Foro, Don EDUARDO ALEJANDRO SOLIS MUÑOZ, que resultou na condenação de MANUEL CONTRERAS e outros militares. Frise-se que o Chile, assim como o Brasil, não ratificou formalmente a Convenção da ONU de 1968:

“Ainda que a definição de crimes contra a humanidade seja uma criação da Carta Orgânica do Tribunal de Nüremberg, seus antecedentes datam da pré-história do direito, pois podem ser encontrados nas éticas de Sócrates, Platão, Aristóteles, nas de direito natural e justiça de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino ...

(...)

Sua recepção no direito internacional público se constituiu em um avanço para a humanidade pois, mesmo que os crimes contra a humanidade sejam tão antigos quanto ela mesma, sua concepção jurídica é recente e o avanço do mundo civilizado supõe um estado de civilização com a capacidade para reconhecer leis da humanidade e para

³³ Há vários outros tratados ou convenções que representam consolidação de um costume internacional. Aponta MAGALHÃES: “A Convenção de Viena sobre Tratados, que retrata costume internacional de aceitação geral e, por isso, respeitada até por Estados que, a exemplo do Brasil, ainda não a ratificaram, ...” In MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 17. Vide, também, p. 59.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

estabelecer direitos e garantias do ser humano. (...) Esta definição [mais recente de crime contra a humanidade] pretendeu demonstrar o compromisso do mundo civilizado em punir estes delitos, compromisso que se materializou nos tratados internacionais respectivos subscritos por nações do mundo inteiro com a entrega e a posterior punição dos responsáveis por tais atos'. (...)

(...) que, é importante acrescentar, a prescrição foi estabelecida mais por critérios políticos do que por razões dogmáticas, como uma forma de alcançar a paz social e a segurança jurídica. Não obstante, no Direito Penal Internacional, concluiu-se que a paz social e a segurança jurídica são mais facilmente alcançados se se prescindir da prescrição, ao menos quando se trata de crimes de guerra e de crimes contra a humanidade.

(...) as normas sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e de lesa humanidade confirmam o princípio essencial de que a imputabilidade, o julgamento e a condenação por tais delitos são procedentes, qualquer que seja a época em que tenham sido cometidos.

(...) as características essenciais que delineiam os 'delitos de lesa humanidade' (...) levam como marca intrínseca a sua imprescritibilidade.³⁴ (grifos nossos)

Portanto, pode-se afirmar com tranqüilidade que há um **princípio geral de direito internacional** que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e dos crimes de guerra. Princípio este integrante do costume internacional, o qual vem sendo reafirmado desde a Resolução nº 2.338, de 1966, da Assembléia Geral da ONU, até o Estatuto de Roma (artigo 29).

Logo, fica claro que, quando praticados os delitos apontados nesta representação, vigorava no direito internacional o conceito de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Essa norma do direito internacional antecede aos fatos, não havendo risco de se tratar de uma aplicação retroativa de norma mais grave para os autores dos ilícitos.

3. AS NORMAS INTERNACIONAIS QUE TRATAM DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE INTEGRAM O DIREITO BRASILEIRO E DEVEM SER APLICADAS PELO PODER JUDICIÁRIO

³⁴ Tradução livre do texto. Corte de Apelações de Santiago. Caso "Carlos Prats". Rol nº 2.182-98. Decisão de 30 de junho de 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O Direito Internacional tem como uma das suas principais características a adoção do **costume internacional como fonte normativa**. Não há qualquer novidade em aplicar o costume internacional como fonte do direito internacional. O costume é “a mais antiga e original fonte do direito internacional”³⁵.

A própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 38, reconhece que regras de um tratado podem obrigar Estados não firmatários da avença quando for “regra consuetudinária de Direito Internacional, reconhecida como tal”³⁶.

E mais, que nem mesmo um tratado pode derogar norma consuetudinária imperativa (*jus cogens* consuetudinário), conforme artigo 53:

“Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma 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.”

Frise-se que a inserção na Convenção de Viena de uma norma escrita reconhecendo a existência do *jus cogens* (normas imperativas internacionais) significou, ela própria, a positivação de um costume internacional. É o que aponta CORREIA BAPTISTA:

“Deste modo, não se pode senão concluir que a Conferência de Viena de 1968-1969 ao adoptar as posições subscritas pela Comissão de Direito Internacional sobre a existência de um *Ius Cogens* Internacional, mais não fez, salvo em relação a alguns pontos menores quanto ao conceito e regime consagrados, do que codificar Direito Costumeiro há muito vigente. (...)

A maioria dos Estados declararam na Conferência que consideravam que já existiam normas de *Ius Cogens* no Direito Internacional ou esta posição depreende-se das suas declarações [nota: o autor destaca em

³⁵ Tradução livre do texto. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 69.

³⁶ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 26 de maio de 1969. Disponível em: <<http://74.125.45.104/search?q=cache:Pv75hy4s8GYJ:www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm+%22conven%C3%A7%C3%A3o+de+vienna+sobre+o+direito+dos+tratados%22&hl=pt-R&ct=clnk&cd=1&gl=br>>. Acesso em 08 set. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

nota de rodapé que o Brasil foi um desses países]. Outros, sem afirmar a sua pré-vigência, afirmaram aceitar a figura.”³⁷

Da mesma forma, o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, em seu artigo 38, inciso I, estabelece que o costume internacional e os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas são fontes do direito internacional.³⁸

Também é rotineiro que um princípio sedimentado através do costume dê origem, posteriormente, a uma declaração, convenção, tratado ou carta, como consolidação formal de seu teor. Ou seja, que o direito consuetudinário seja expresso em normas escritas.

Assim, em diversas situações uma determinada convenção ou tratado não significa a instituição de um “direito novo”, mas sim a **confirmação** de um **princípio geral** já consagrado pelo **costume internacional**. Muitas vezes o tratado, além de formalizar um costume, institui práticas novas de seu controle ou implementação (v.g., comitês de fiscalização, tribunais específicos)³⁹. Nesta parte é que se situa o seu caráter de inovação no direito. Entretanto, o conteúdo relativo à formalização do costume não traz “direito novo”. Elucidativo é o exemplo dado por CORREIA BAPTISTA com relação à proibição do genocídio:

“Igualmente a liberdade de consciência e a não privação arbitrária da vida tinham fortes raízes no Direito Internacional Costumeiro, embora só violações sistemáticas fossem entendidas como violações deste. Claro está, a proibição do genocídio era integrável nestas. A sua posterior reafirmação como Crime Internacional individual, nas referidas Cartas dos Tribunais Internacionais, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, pela Convenção de Prevenção e Repressão do Genocídio de 1948 e pelos Estatutos dos Tribunais Internacionais para a Ex-Jugoslávia e para

³⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Ius cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, pp. 262 e nota de rodapé 24.

³⁸ Original em inglês: “Article 38 - 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.”

³⁹ Cfr. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 67.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

o Ruanda, mais não fez do que confirmar este seu caráter costumeiro e claramente *ius cogentis*.⁴⁰

Nessas hipóteses, a força normativa não advirá do teor da norma positiva, mas sim dos princípios que originaram o texto escrito e que estavam anteriormente consolidados através do costume internacional. Assim, esses princípios obrigam aos Estados independentemente da ratificação do tratado ou da convenção.

A Corte de Haia, por sua vez, em Parecer Consultivo de 1951 sobre as Reservas à Convenção de Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, fixou que o conteúdo material das convenções de direitos humanos são obrigatórios mesmo àqueles Estados que não firmaram o ato convencional: “os princípios subjacentes à Convenção são princípios reconhecidos pelas nações civilizadas e obrigam aos Estados mesmo sem qualquer obrigação convencional.”⁴¹

A Corte reafirmou esse entendimento, conforme destaca CARVALHO RAMOS:

“Em 1996, também em sede consultiva, a Corte Internacional de Justiça voltou a enfatizar que os princípios de direito humanitário são princípios elementares de humanidade, pelo que *todos os Estados devem cumprir essas normas fundamentais, tenham ou não ratificado todos os tratados que as estabelecem, porque constituem princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário*.”⁴²

Igual situação ocorreu com a Convenção da ONU de 1968 sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade: mesmo os Estados que não a ratificaram expressamente (como o Brasil) estão vinculados aos princípios que lhe são subjacentes.

A força normativa dos princípios referentes aos crimes contra a humanidade, independentemente da ratificação da Convenção de 1968, foi também afirmada pela Assembléia Geral da ONU, mediante a Resolução nº 3.074, editada em 3 de dezembro de 1973. Ao apresentar os Princípios de

⁴⁰ BAPTISTA, Eduardo Correia. *Ius cogens' em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 406.

⁴¹ Tradução livre do texto. No original: “*the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States even without any conventional obligation*.” Cfr. CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 56 e nota de rodapé nº. 100.

⁴² CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 57.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Cooperação Internacional na Identificação, Detenção, Extradicação e Castigo por Crimes de Guerra ou Crimes de Lesa-Humanidade, declararam as Nações Unidas:

"1. Os crimes de guerra e os **crimes de lesa-humanidade**, onde for ou **qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos**, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as quais existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas.

(...)

8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradicação e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade."⁴³

(grifamos)

Outro instituto extremamente relevante do direito internacional público consiste na existência das chamadas obrigações *erga omnes* dos Estados. Indica CORREIA BAPTISTA:

"A figura das obrigações *erga omnes* compreende-se bem pela contraposição com as obrigações meramente bilaterais [normas internacionais que impõem uma obrigação a cada Estado em relação a um outro, (...) frente a frente numa relação bilateral]. (...)

No caso de se tratar de uma obrigação imposta por uma norma universal, o Estado estará vinculado em relação ao todos os restantes Estados existentes. Isto significa que, no caso de violar esta obrigação, praticará um acto ilícito *erga omnes*. Portanto, terá afectado a esfera jurídica de todos os Estados, (...)"⁴⁴.

CARVALHO RAMOS aponta que esse conceito foi adotado pela própria Corte Internacional de Justiça:

⁴³ Tradução livre do texto. Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/285/99/IMG/NR028599.pdf?OpenElement>>. Acesso em 25 set. 2007.

⁴⁴ BAPTISTA, Eduardo Correia. *'Ius cogens' em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 288. O texto entre colchetes é do próprio autor, transcrito de outro parágrafo da mesma página.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“A Corte Internacional de Justiça consagrou tal termo [obrigação *erga omnes*] ao utilizá-lo na sentença sobre o caso *Barcelona Traction*. Em passagem memorável dessa sentença a Corte considerou que *apenas as obrigações que protegessem valores essenciais para toda comunidade internacional* poderiam ser consideradas obrigações *erga omnes*.

A Corte reconheceu, então, a existência de obrigações *erga omnes* no Direito Internacional. Para a Corte, tendo em vista a importância de determinados direitos albergados em normas internacionais, todos os Estados da comunidade internacional têm interesse jurídico em sua proteção.”⁴⁵

A obrigação internacional *erga omnes* impõe aos Estados o dever de cumprir as normas imperativas reconhecidas pelo direito internacional (*jus cogens*), sejam elas **consuetudinárias ou convencionais**.⁴⁶

Releva destacar que **normas internacionais relativas aos direitos humanos são reconhecidas como integrantes do *jus cogens* e, destarte, de observância obrigatória por todos os Estados**. No dizer da Corte Internacional de Justiça: são **valores essenciais** para toda a comunidade internacional.

Assim, “(...) as normas internacionais, sejam costumeiras, sejam convencionais, que tutelem direitos humanos, impõem obrigações *erga omnes* mediatas aos seus destinatários”⁴⁷. Ou, como salienta SYLVIA STEINER, a nenhum Estado é dado “olvidar a natureza imperativa das normas de proteção à pessoa, normas essas que, ao lado de princípios como *pacta sunt servanda*, integram o chamado *jus cogens*, normas obrigatórias que não admitem derrogação, produzindo efeitos *erga omnes*”⁴⁸.

Ora, o conceito de crime contra a humanidade e o dever de promover a responsabilização de seus autores consolidou-se no costume internacional (item 1 supra). E, por se tratar de norma consuetudinária relativa

⁴⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 50.

⁴⁶ Cfr. BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Jus cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 291, citando decisão da Corte Internacional de Justiça.

⁴⁷ BAPTISTA, Eduardo Correia. *‘Jus cogens’ em direito internacional*. Lisboa: Lex, 1997, p. 397, na qual cita, na nota de rodapé 8, que esta “posição hodiernamente pode ser considerada praticamente pacífica”, diante do teor do parágrafo 4 da Declaração de Viena de 1993 da Conferência Mundial dos Direitos Humanos e do projeto de responsabilidade internacional da Comissão de Direito Internacional da ONU.

⁴⁸ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

a direitos humanos de aplicação universal, integra o *jus cogens* e caracteriza uma obrigação *erga omnes* aos Estados. O Brasil, portanto, está vinculado internacionalmente a esse conceito e tem o dever inderrogável de promover a responsabilização criminal dos autores de tais delitos, a qualquer tempo.

Note-se que não se cuida de um preceito internacional que demande incorporação formal (via ratificação) ao direito interno brasileiro para poder ser aplicado em conjunto com o direito interno. Isto porque as cláusulas das Constituições brasileiras atual e anteriores, que regulam a incorporação formal de tratados internacionais – inclusive de direitos humanos –, não se aplicam aos costumes internacionais.

Primeiramente, em se tratando de norma decorrente de costume internacional, é evidente que ela não surge de um documento escrito que possa ser ratificado. Não há, portanto, como se falar em um processo de incorporação ao direito interno pelas vias formais previstas nas Constituições.

Em segundo lugar, o “costume internacional resulta de uma prática geral e consistente dos Estados, que a seguem a partir de um senso de obrigação legal”.⁴⁹ Assim, o costume decorre da existência de um consenso na comunidade internacional sobre o conteúdo de determinada norma. O Brasil, como membro dessa comunidade, participa dessa prática e se obriga a respeitá-la. Haveria, pois, uma insuperável incoerência lógica se admitirmos que o país participa da formação do costume, mas não estaria a ele vinculado por inexistir sua ratificação formal.

Lembre-se que esse “senso de obrigação legal” em relação aos crimes contra a humanidade, estava presente até mesmo entre os agentes estatais brasileiros. Tanto é assim que os autores desses delitos sempre cuidaram de negar a existência dos crimes, ou de mascarar sua ocorrência, por meio de versões de suicídios, atropelamentos e outros artifícios, para ocultar a horrenda e desumana prática de que se utilizavam rotineiramente em relação aos suspeitos de dissidência política. Ou seja, eles estavam plenamente cientes da gravidade e da possibilidade de punição de seus atos.

Em conseqüência, quando se trata de uma norma internacional consuetudinária integrante do conjunto de normas imperativas (*jus cogens*) é irrelevante a discussão sobre a aplicação da teoria monista ou dualista de incorporação de preceitos internacionais. Nesses casos, há uma relação direta

⁴⁹ Tradução livre do texto. STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, politics, morals*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 70.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

de incorporação e convivência entre o direito internacional consuetudinário e o direito interno brasileiro.

Não é necessário considerar a revogação ou derrogação de normas positivas locais, mas sim a aplicação do direito internacional consuetudinário sempre que o fato *sub judice* tenha repercussão no cumprimento de uma obrigação internacional vinculante do Estado brasileiro, como ocorre nas hipóteses das obrigações *erga omnes*.

Como bem aponta MAGALHÃES:

“Dessa forma, os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, não podem ignorar preceitos de Direito Internacional em decisões que repercutem na esfera internacional e que, por isso, podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado e da própria pessoa responsável pela decisão. **Afinal, o Juiz é o Estado e atua em seu nome, sobretudo quando decide questões que interferem com a ordem internacional de observância compulsória, como as que dizem respeito aos direitos humanos, genocídio, crimes contra a humanidade e outras a que a comunidade internacional confere tal qualidade.**”⁵⁰

Esse entendimento tem sido, aliás, adotado sem dificuldades pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que em diversas ocasiões utilizou o **costume internacional** para resolver lides que no direito interno encontrariam solução distinta. A Corte vem reconhecendo a força normativa do costume internacional, em conjunto com o direito interno brasileiro.

É o que ocorre, por exemplo, com o admissão da imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros. Nem o direito positivo interno do Brasil, e tampouco algum texto de convenção ou tratado, regulamentam sua aplicação. A suprema Corte brasileira, em 1973, decidiu que essa **imunidade valia no Brasil por força do costume internacional e impedia o exercício do direito de ação regulado no direito interno.**

Como razão de decidir, foram adotadas as ponderações de FRANCISCO REZEK, então Procurador-Geral da República, *verbis*:

“Tem-se, pois, que a imunidade daquele Estado (Japão) à jurisdição doméstica não resulta da convenção de Viena, mas de uma das mais

⁵⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 16-17; grifos são nossos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

sólidas regras costumeiras de Direito das Gentes. Nenhum Estado ignora a impossibilidade de submeter outra Nação, contra sua vontade, à condição de parte perante o Judiciário local.” (RE 56.466/DF, Rel. Min. BILAC PINTO, Pleno, RTJ 66/727)⁵¹

Há outro precedente de extrema relevância, decorrente de um litígio entre os Estados da Síria e do Egito relativamente à propriedade de um imóvel situado no Brasil. Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, o foro brasileiro seria o único competente para decidir a questão (competência exclusiva para ações relativas a imóveis no Brasil). O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, porém, entendendo que **a lei brasileira não poderia ser aplicada sem a consideração do COSTUME INTERNACIONAL, terminou por decidir pela prevalência das normas decorrentes do direito internacional público consuetudinário que garantem imunidade jurisdicional ao Estado-réu**. Assim, foi afastada a regra do direito interno em favor da norma costumeira internacional (ACO 298-DF, Pleno, maioria, Rel. para o acórdão Min. DECIO MIRANDA. RTJ 104/889).

Nesse julgamento, do parecer da Procuradoria-Geral da República, de lavra de FRANCISCO REZEK, extrai-se também a seguinte passagem:

“A perspectiva, a meu ver indiscutível, de que a questão material se deva equacionar à luz do Direito das Gentes, em nada interfere na competência do foro. Afinal, todo juiz singular, em qualquer ponto do território pátrio, pode ser levado a aplicar **direito estrangeiro**, caso configurado uma daquelas situações por conta das quais se construiu a ciência do direito internacional privado. **A fortiori, pode essa alta Corte judicar à base do direito internacional público, que não se confunde com o direito interno – ao menos à vista do seu modo de produção –, mas que também, decididamente, não pode ser qualificado como direito estrangeiro.**” (os grifos são do original, mas o sublinhado é nosso)

Em 1989 o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL voltou a decidir com base no costume internacional. Tratava-se, nesse caso, de ação trabalhista contra representação diplomática da República Democrática da Alemanha e, considerando que o costume relativo à imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros sofrera alteração (tornando relativa e restrita a imunidade), determinou o processamento da ação (RTJ 133/159, AC 9.696/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, Pleno, unânime).

⁵¹ Em igual sentido, o julgado publicado na RTJ 104/990.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No caso da proteção internacional de direitos humanos de origem extraconvencional (ou seja, baseada em diplomas normativos que não são tratados internacionais), a própria Constituição brasileira permite, em virtude de sua ampla referência à dignidade humana, ao Estado Democrático de Direito e à proteção de direitos, que estes diplomas sejam aplicados internamente.

Como exemplo deste diálogo direto entre o ordenamento interno e as categorias normativas internacionais de direitos humanos que não são tratados, cabe citar algumas passagens paradigmáticas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

- 1) ADIn nº 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (menção à Declaração Universal de Direitos do Homem);
- 2) HC nº 81.158-2, Relatora Min. Ellen Gracie (menção à Declaração Universal dos Direitos da Criança – 1959);
- 3) HC nº 82.424-RS, Relator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa (Declaração Universal dos Direitos Humanos, em especial no parágrafo 47 do voto do Min. Maurício Corrêa);
- 4) RE nº 86.297, Relator Min. Thompson Flores (menção à Declaração Universal dos Direitos do Homem); e
- 5) ADIn nº 3.510, Relator Min. Carlos Britto (menção à Declaração Universal sobre Bioética no voto do Min. Ricardo Lewandowski).

No voto do Min. RICARDO LEWANDOSWKI na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0 (Rel. Min. CARLOS BRITTO) ficou assente o dever dos três Poderes brasileiros de cumprir os comandos de resoluções de direitos humanos oriundas de Organização Internacional da qual o Brasil é parte.

No caso, tratava-se da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO. Nas palavras do Ministro:

“O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.” (grifo nosso)

Não bastasse a vinculação do Brasil aos costumes internacionais por força da sua participação na comunidade internacional, é preciso recordar

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

que o ordenamento jurídico interno possui norma expressa reconhecendo a força normativa e vinculante dos princípios gerais do direito humanitário.

De fato, o Brasil reconhece o caráter normativo dos “princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública” desde 1914, quando ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre⁵², firmada em Haia em 1907⁵³. Ainda que tal preceito tenha sido veiculado no bojo de uma Convenção relacionada ao direito humanitário em período de guerra, trata-se de uma norma geral. Ademais, tendo em vista a aproximação entre o direito internacional humanitário e o direito internacional dos direitos humanos, ambos regidos por premissas de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, os parâmetros normativos interagem e convergem para um padrão único de concretização, conforme as lições de CANÇADO TRINDADE e CELSO LAFER⁵⁴.

Assim, desde o início do século passado (muito antes da instituição da ditadura militar no Brasil) o sistema normativo brasileiro reconhece expressamente o valor vinculante dos princípios internacionais do direito das gentes.

Em outras palavras, o direito interno positivo brasileiro possui dispositivo expresso no sentido de reconhecer força vinculante aos princípios gerais do direito internacional (princípios *jus gentium*).

Logo, sob variados ângulos constata-se a existência de um princípio geral, de um costume e de uma obrigação *erga omnes* internacional que consolidam o conceito de crime contra a humanidade e determinam a efetiva punição dos seus autores, a qualquer tempo.

Elucidativa, nesse sentido, decisão proferida pela Suprema Corte da Argentina, em 13 de julho de 2007, através da qual – reiterando precedentes –

⁵² Decreto nº 10.719/14 que aprovou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre.

⁵³ Introdução à Convenção. Original em inglês: “*Until a more complete code of the laws of war has been issued, the High Contracting Parties deem it expedient to declare that, in cases not included in the Regulations adopted by them, the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.*” Disponível em: <<http://www.cicr.org/ihl.nsf/FULL/195?OpenDocument>>. Acesso em 28 nov. 2007.

⁵⁴ Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH, CICV e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 59. LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 81-82.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

foi apreciada a validade de decreto de indulto a perpetradores de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar que vigorou naquele País:

"10) (...) o direito internacional humanitário e dos direitos humanos, em diversos tratados e documentos prescreve a obrigação por parte de toda a comunidade internacional de 'perseguir', 'investigar' e 'sancionar adequadamente os responsáveis' por cometer delitos que constituem graves violações aos direitos humanos.

11) Que corresponde agora, preliminarmente, esclarecer porque tais obrigações derivadas do direito internacional resultam de aplicação peremptória na jurisdição argentina. Nesse sentido, cabe recordar que a Carta da ONU marca o nascimento de um novo direito internacional e o final do velho paradigma do modelo de Westfalia difundido três séculos antes, depois do final da anterior guerra europeia dos trinta anos. O direito internacional se transforma estruturalmente, deixando de ser um sistema prático, baseado em tratados bilaterais *inter pars*, e convertendo-se em um autêntico ordenamento jurídico supra-estatal: já não é um simples *pactum associationis*, senão também, um *pactum subiectionis*. No novo ordenamento passam a ser sujeitos de direito internacional não somente os Estados, senão também os indivíduos e os povos (Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, Madrid, Ed. Trota, 1999, pág. 145'; no mesmo sentido ver também 'Lea Brilmayer, *International Law in American Courts: A Modest Proposal*, 100 *The Yale Law Journal*, 2277, 2297; 1991' e o informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos referente ao efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - arts. 74 e 75, 'Opinión Consultiva OC 2/82, Serie A N^o 2, del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29')."

E conclui:

"15) Que, por conseguinte, a consagração positiva do direito das gentes na Constituição Nacional permite considerar que existe um sistema de proteção de direitos que resulta obrigatório independentemente do consentimento expresso das nações que vincula e que é conhecido atualmente dentro deste processo evolutivo como *ius cogens*. Trata-se da mais alta fonte do direito internacional que se impõe aos estados e que proíbe a prática de crimes contra a humanidade, inclusive em épocas de guerra. Não é suscetível de ser derogada por tratados em contrário e deve ser aplicada pelos tribunais internos dos países

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

independentemente de sua eventual aceitação expressa (In re: 'Arancibia Clavel' - Fallos: 327:3312 - considerandos 28 e 29 dos juízes Zaffaroni e Highton de Nolasco; 25 a 35 do juiz Maqueda e considerando 19 do juiz Lorenzetti em 'Simón').

16) Que é possível assinalar que existia, na data da prática dos atos referidos, uma ordem normativa formada por tais convenções e pela prática consuetudinária internacional, que considerava inadmissível a prática de crimes contra a humanidade executados por funcionários do Estado e que tais fatos deviam ser castigados por um sistema repressivo que não necessariamente se adequara aos princípios tradicionais dos estados nacionais para evitar a reiteração de tais aberrantes crimes (considerando 57 do voto do juiz Maqueda in re: 'Arancibia Clavel' - Fallos: 327:3312-)." ⁵⁵

A toda evidência, e diante das mesmas premissas dogmáticas, esse entendimento se aplica ao direito penal brasileiro.

Também a Corte Européia de Direitos Humanos se pronunciou nesse sentido, com relação aos crimes contra a humanidade cometidos na Estônia em 1949 (caso KOLK Y KISLYIY ajuizado perante a Corte por August Kolk e Petr Kislyiy).

Nesse caso, seguindo as normas ordinárias do direito interno, já se teria consumado a prescrição da pretensão punitiva. Entretanto, o Tribunal da própria Estônia considerou que os atos imputados aos réus caracterizavam crimes de lesa-humanidade, o que impunha ao Judiciário local aplicar o regramento específico desses delitos, fixados na jurisprudência internacional. Kolk e Kislyiy foram condenados pelo Tribunal da Estônia e, inconformados por considerarem que essa decisão judicial violava direitos subjetivos individuais protegidos pelo próprio direito internacional, recorreram à Corte Européia de Direitos Humanos. Para a Corte, mesmo que os atos cometidos estivessem aparentemente protegidos pelas leis internas daquele País à época do fato, o Judiciário da Estônia corretamente aplicou os preceitos do direito internacional, pois suas condutas constituíam crimes contra a humanidade:

⁵⁵ Tradução livre do texto. Caso "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad; M.2334.XLII Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad y M.2335.XLII 'Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad". Julgado em 13 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.derecho-comparado.org/sentencias/argMazzeoCorte.htm>>. Acesso em 04 out. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

“[Kolk e Kislyiy] assinalaram que os atos praticados ocorreram no ano de 1949 no território da [República Socialista Soviética de] Estônia. Naquele momento, era aplicável naquele território o Código Criminal de 1946 da República Socialista Federal Russa. Este código não incluía crimes contra a humanidade. A responsabilidade por crimes contra a humanidade somente foi estabelecida na Estônia em 09 de novembro de 1994, quando o Código Penal da Estônia foi emendado em seu artigo 61-1. E, de acordo com o artigo 23 da Constituição da Estônia combinado com o artigo 2º, parágrafo 1º, do Código Penal, ninguém poderia ser condenado sem que a lei caracterizasse a conduta como crime.

Os acusados argüiram que a deportação das famílias não foi realizada antes ou durante a guerra, bem como que a prática não se submete à jurisdição do Tribunal de Nüremberg. Alegam também que os atos não foram realizados em execução ou em conexão com qualquer crime contra a paz ou crime de guerra. A Corte Interna, portanto, teria, erroneamente, classificado os atos como crimes contra a humanidade. (...)

A Corte [julgadora] afirma que a deportação da população civil está expressamente reconhecida pelo Estatuto do Tribunal de Nüremberg de 1945 como um crime contra a humanidade (artigo 6 (c)). Ainda que o Tribunal de Nüremberg tenha sido estabelecido para processar e julgar os principais criminosos de guerra dos países do Eixo pelos delitos cometidos antes ou durante a Segunda Guerra Mundial, a Corte afirma que a validade universal dos princípios que tratam dos crimes contra a humanidade foi corroborada pela Resolução nº 95 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (11 de dezembro de 1946) e pela Comissão de Direito Internacional. Conseqüentemente, a responsabilidade por crimes contra a humanidade não pode ser limitada unicamente a nacionais de alguns países e unicamente a atos cometidos no marco temporal da Segunda Guerra Mundial. (...)

A Corte assevera que ainda que os atos cometidos [por Kolk e Kislyiy] fossem considerados lícitos em relação às leis soviéticas naquele momento, as cortes da Estônia os consideraram crimes contra a humanidade a partir dos preceitos do direito internacional. E a Corte não vislumbra motivos para uma conclusão diversa. (...)

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Portanto, a Corte considera que as alegações dos recorrentes não têm bases suficientes para demonstrar que suas condutas não se enquadram dentro da definição de crime contra a humanidade (...).

Ademais, nenhuma prescrição restritiva pode ser aplicada aos crimes contra a humanidade, independentemente da data da prática da infração. (...) **A Corte não encontra razão alguma para discutir a interpretação e aplicação da lei interna que as cortes da Estônia efetuaram à luz do direito internacional pertinente.** Em suma, tem-se que [as] alegações [dos petionários] são manifestamente infundadas e devem ser rejeitadas.”⁵⁶ (negritamos)

É de se concluir, portanto, que as normas do direito internacional costumeiro relativas ao crime contra a humanidade – e sua imprescritibilidade – fazem parte do direito brasileiro, e interagem com as normas de direito penal postas pelo legislador doméstico. Essas normas vigem desde antes do início da ditadura militar, dada a anterioridade da Resolução nº 2.338, de 1967, e da Resolução nº 95, de 1946.

Não há qualquer inovação *post facto* na aplicação contemporânea dos princípios e regras do direito internacional como parte integrante do direito interno brasileiro, pois – em qualquer hipótese – os critérios que (a) qualificam uma conduta como crime de lesa-humanidade e (b) retiram a possibilidade de contagem de prazo prescricional, são anteriores à prática do ilícito. Não se trata de tornar imprescritível o que antes era prescritível, mas sim de reconhecer que – por força do *jus cogens* do direito internacional –, antes mesmo da instauração da ditadura militar em 1964, já vigorava no direito brasileiro a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Nem se alegue que a matéria reclamaria estrita legalidade. Este princípio fundamental está inscrito no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição em teor bem claro: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Essa regra será totalmente observada na eventual ação penal, pois tanto o crime que se pretende seja punido, como a pena que se espera seja aplicada, estavam previstos no direito interno positivo muito antes da ocorrência do fato.

⁵⁶ Tradução livre do texto. Caso “Kolk and Kislyiy v. Estônia”. Julgado em 17 de janeiro de 2006. Processos nº 23052/04 e 24018/04. Disponível em: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=kolk&sessionid=2332619&skin=hudoc-en>>. Acesso em 25 set. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A prescrição, por sua vez, não é garantia constitucional (como será adiante reforçado) e não há comando na lei fundamental que vincule o seu regime geral a normas exclusivamente positivas do direito interno. Ainda que seja um instituto de direito material penal, pode estar prevista em outras fontes normativas, inclusive o direito internacional convencional ou costumeiro.

4. IMPRESCRITIBILIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A prescrição penal não é garantia fundamental constitucional. A Constituição brasileira em momento algum estabeleceu um regime geral para a prescrição, tampouco a estipulou como valor objetivo fundamental. Ao contrário, tratou de demonstrar que existem crimes para os quais é inadmissível a aplicação do instituto da prescrição (racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático).

O instituto da prescrição é do plano normativo ordinário. É da discricionariedade do legislador definir sua ocorrência, prazos, fluência etc.. No caso dos crimes de racismo e ação de grupos armados contra a ordem constitucional democrática o constituinte, porém, restringiu essa competência do Congresso Nacional, impedindo-o de fixar essa causa de extinção da punibilidade.

Aliás, ocorreu o mesmo em relação à concessão de graça ou anistia nos crimes hediondos, de prática de tortura, tráfico de entorpecentes e terrorismo. Essas causas de extinção da punibilidade também não têm sede constitucional, e não é porque a Constituição ressalvou sua aplicação em relação a determinados crimes que, *contrario sensu*, são institutos de aplicação obrigatória para todos os demais ilícitos penais.

Assim como a graça e a anistia não são direitos fundamentais, a prescrição não é uma garantia constitucional. Todos esses institutos são instrumentos de política criminal.⁵⁷

No máximo, o controle constitucional pertinente à prescrição refere-se ao devido processo legal substantivo, mediante juízo de razoabilidade e proporcionalidade das normas que definem sua aplicação. E, nesse particular,

⁵⁷ Em igual sentido, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou que também o indulto é “instrumento de política criminal”, não existindo inconstitucionalidade em norma legal que exclui determinados condenados do rol de potenciais beneficiários do ato. *Informativo STF 486* (HC 90.364/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 31/10/07).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

a gravidade inerente aos crimes de guerra e contra a humanidade, e a especial circunstância de serem, em regra, delitos praticados por agentes estatais, são elementos justificadores do tratamento especial. É razoável e proporcional que esses delitos – que atingem toda a humanidade e tendem a quedar-se impunes por decorrência de ingerências políticas – não se submetam aos critérios ordinários de esquecimento pelo tempo.⁵⁸

Esse é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, fixado no Recurso Extraordinário nº 460.971/RS, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em acórdão que, na parte pertinente a este tema, estabelece:

“II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado - C. Pr. Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96.

1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal.

2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C. Pr. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, ‘do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão.’” (grifos nossos, julgado em 13/02/2007; 1ª Turma, unânime)

⁵⁸ Cfr. GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. O autor anota que está ultrapassada qualquer interpretação de reserva constitucional formal para o tema da prescrição, residindo o cerne da questão no aspecto material, à luz da “(...) necessidade de aplicação de sanções penais com função protetiva de bens jurídicos ligados aos direitos fundamentais”.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Portanto, não há reserva constitucional sobre o tema da prescrição. Normas infra-constitucionais são aptas a conformar esse instituto.

É, pois, no plano da lei federal ordinária que se estabelece efetivamente a amplitude da prescrição, nada obstando que o legislador ordinário defina outros crimes – além daqueles apontados na Constituição – em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais, ou os benefícios da graça, do indulto e da anistia.

Dessa forma, independentemente do *status* hierárquico que se dê aos preceitos de direito internacional no plano do direito interno⁵⁹, as disposições internacionais que levam à qualificação dos crimes apontados nesta representação como crimes contra a humanidade e, portanto, imprescritíveis (as quais são de observância obrigatória pelo Brasil), são aptas a conformar o regime geral e ordinário da prescrição.

Em outras palavras, o Código Penal, ao regular genericamente a prescrição, não afasta as normas especiais que vigoram no sistema internacional e que fixam o dever estatal de responsabilização por crimes contra a humanidade a qualquer tempo. A regra internacional da imprescritibilidade dos crimes de guerra, genocídio e crimes contra a humanidade prepondera, como regra especial, em relação aos prazos de prescrição fixados na lei penal ordinária, aplicáveis aos delitos comuns.

Pode-se afirmar, portanto, que o direito penal brasileiro viu introduzido em seu sistema o princípio da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, através do costume internacional.

Nem se alegue que toda essa normatização estaria no plano da legislação ordinária, anterior à Reforma Penal de 1984, e que, portanto, mesmo fazendo parte do ordenamento jurídico brasileiro, teria sido revogada naquela ocasião. Não é demais lembrar que tal Reforma teve caráter genérico, não sendo apta a derogar normas especiais, ainda que introduzidas a partir do direito internacional. É o que apontou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: “(...) o estabelecido pela Convenção constitui lei especial, que não se afasta pela edição de outra, de caráter geral. As normas convivem, continuando as relações, de que cuida a especial, a serem por ela regidas.” (REsp 58.736 - MG)

⁵⁹ Como se sabe, há diversas correntes sobre o tema. As normas internacionais de direitos humanos, conforme a doutrina aplicável, são consideradas como supraconstitucionais, constitucionais, supralegais ou legais.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Essa matéria, aliás, ganhou contornos mais bem definidos diante da tendência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de reconhecer às normas de direito internacional de direitos humanos uma hierarquia supralegal, ou seja, intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias. Em julgamento ainda não concluído (porém com maioria já formada), o Min. GILMAR MENDES assim expôs a questão:

“Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante *‘pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado’*. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”⁶⁰

Nesse contexto, as normas de direito internacional que definem os crimes de lesa-humanidade e fixam a sua imprescritibilidade têm caráter supralegal, prevalecendo em relação ao Código Penal brasileiro, independentemente se anteriores ou posteriores a este. E, apenas para espancar qualquer dúvida, é importante assinalar que a disciplina geral de prescrição constante do Código Penal brasileiro admite disposições em contrário oriundas de normas específicas, ainda que anteriores à Reforma Penal de 1984, como por exemplo a Lei de Falências, a Lei de Imprensa etc.

Vale ressaltar, aliás, que não só o direito internacional dos direitos humanos impõe a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Também a nossa Constituição de 1988 assim o requer. Na realidade, há óbice

⁶⁰ RE nº 466.343-1 – SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

constitucional a qualquer possibilidade de afastar, por decurso de tempo, pretensões relativas ao conhecimento e acerto de graves atos de violação a direitos humanos. É o que já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no histórico julgamento do caso ELLWANGER (embora relativo ao crime de racismo, as premissas são pertinentes a quaisquer outras graves violações de direitos humanos):

“15. ‘Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento’. No Estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.” (Pleno, HC 82.242/RS, Rel. para o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 17/09/03)

Portanto, podemos constatar que: (a) a prescrição não é uma garantia constitucional; (b) compete ao direito ordinário estabelecer efetivamente a sua amplitude, nada obstando que defina outros crimes – além daqueles apontados na Constituição – em face dos quais não se aplicam os prazos prescricionais; e (c) crimes graves contra os direitos humanos, tais como racismo, genocídio e crimes contra a humanidade, são necessariamente imprescritíveis, por força da própria Constituição e dos princípios gerais de direito internacional consolidados através do costume.

5. REQUERIMENTO

São estas as considerações que ora se requer façam parte integrante da representação que deu origem à presente promoção de arquivamento. Elas objetivam complementar o teor do texto original da representação, bem como apresentar novos enfoques sobre alguns fundamentos utilizados pelo Excelentíssimo Procurador da República Dr. FABIO ELIZEU GASPAR em sua promoção.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Note-se que se trata de um tema sensível e de grande repercussão, cujas divergências de interpretação são naturais e inerentes. Pensam os subscritores desta manifestação que o Ministério Público Federal, através do seu órgão de cúpula, deverá ainda apreciar os diversos aspectos que a matéria envolve. Seria, pois, oportuno que a Procuradoria Geral da República pudesse receber este feito, que consistirá verdadeiro *leading case*. Ademais, não se pode olvidar que o princípio norteador da promoção da ação penal é o “*in dubio pro societas*”.

Sendo assim, espera-se que Vossa Excelência não homologue o presente pedido de arquivamento, mas utilize-se do disposto no artigo 28, do Código de Processo Penal.

Nestes termos

Pedem deferimento.

São Paulo, 24 de setembro de 2008.

MARLON ALBERTO WEICHERT
PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA

EUGÊNIA AUGUSTA GONZAGA FÁVERO
PROCURADORA DA REPÚBLICA