

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA 1^a VARA CRIMINAL
DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO/SP

Peças de Informação nº 1.34.001.001574/2008-17

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, por meio do Procurador da República infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, manifestar-se nos seguintes termos, de acordo com os tópicos seguintes, elaborados para melhor organização da análise a ser efetuada, de grande complexidade jurídica:

1. DO DELITO EM EXAME

Trata-se de peças informativas distribuídas a este signatário com pedido da Exma. Sra. Procuradora da República Dra. Eugênia Augusta Gonzaga Fávero e do Exmo. Sr. Procurador Regional da República Dr. Marlon Alberto Weichert de início de persecução penal com relação a suposto delito de homicídio praticado contra Vladimir Herzog em 25 de outubro de 1975.

O pedido vem embasado em substancioso parecer do Dr. Marlon Alberto Weichert, que traz uma série de considerações, as quais, adotadas de modo conjugado, possibilariam o início de referida persecução penal, não obstante tratar-se de ilícito ocorrido há mais de trinta anos. Doravante, o trabalho do Dr. Marlon será designado simplesmente de “parecer” na presente manifestação, para maior praticidade.

Pois bem. De acordo com o parecer, os fatos são os seguintes, em síntese:

a) Vladimir Herzog, jornalista que trabalhava na TV Cultura de São Paulo, foi procurado por agentes do DOI/CODI (Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército) na noite de 24 de outubro de 1975, nas dependências da emissora, a fim de que fosse levado para prestar informações;

b) ficou combinado que Vladimir se apresentaria espontaneamente em dependência do DOI/CODI situada na Rua Tomás Carvalhal, nº 1.030, São Paulo/SP, o que fez na manhã do dia 25 de outubro de 1975, sendo preso e posteriormente encontrado, ainda no mesmo dia, morto com um cinto no pescoço, divulgando-se versão oficial de suicídio que não se sustenta, uma vez que há notícias claras no sentido de que Vladimir foi torturado, decorrendo o óbito da tortura.

O parecer ainda noticia, acerca das investigações realizadas sobre o caso, o seguinte:

a) houve inquérito policial militar para apurar o caso, o qual foi arquivado pela Justiça Militar acolhendo-se a tese do suicídio;

b) familiares de Vladimir Herzog propuseram contra a União ação civil de reparação de danos, a qual foi julgada procedente pela Justiça Federal,

responsabilizando-se a União pela morte não natural de Vladimir Herzog em dependência do DOI/CODI;

c) no ano de 1992, o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou inquérito policial para melhor apuração de suposto homicídio, inquérito esse que foi trancado por meio de *habeas corpus* concedido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual entendeu ter sido extinta a punibilidade do delito pela anistia decorrente da Lei nº 6.683/79, trancamento esse que não foi alterado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de medida recursal proposta pelo Ministério Público Estadual.

Nesse contexto fático, sustenta o parecer que a reabertura das investigações é plenamente possível, pois:

a) é nula a referida decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, haja vista que a Justiça Federal é competente para processar e julgar o delito em exame, porquanto praticado por agentes no exercício de função pública federal, tudo nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República e do teor da Súmula nº 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos;

b) o delito praticado contra Vladimir Herzog, além de desumano, se deu num contexto de ataque generalizado e sistemático existente na época da ditadura militar brasileira contra as pessoas que se opunham ao regime fazendo algum tipo de militância de esquerda e, dessa forma, se caracteriza, da perspectiva do Direito Internacional Público, como crime contra a humanidade, formulação que existe desde a edição do artigo 6º, alínea (c), do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, adotado pela Organização das Nações Unidas por meio da Resolução nº 95, de 11 de dezembro de 1946;

c) a adoção, pelo Brasil, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), devidamente ratificada e posta em vigor no

Direito Interno brasileiro por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, criou para o Brasil obrigação internacional de investigar e punir os crimes contra os direitos humanos praticados durante regimes autoritários passados, independentemente de regras relativas a prescrição e anistia, conforme entendimento esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – a cuja jurisdição o Brasil se submeteu – em casos similares de crimes contra a humanidade praticados no âmbito de ditaduras ocorridas em países latino-americanos;

d) há uma norma consuetudinária internacional, bem anterior ao crime aqui tratado, que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, sendo certo que isso se impõe como obrigação a todos os Estados, de modo geral, como regra internacional do chamado *ius cogens*, e ao Brasil, em particular, por força da adoção dos princípios gerais de Direito Internacional com a ratificação, em 1914, da Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, que remonta a 1907, tendo sido elaborada em Haia;

e) a existência dessa norma consuetudinária internacional prévia ao delito torna irrelevante, para o caso, a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e que tão somente consolidou em texto escrito costume obrigatório já existente;

f) o crime praticado contra Vladimir Herzog não teve motivação política nem atingiu bem jurídico de natureza política, não podendo, pois, ser considerado crime político próprio ou impróprio, e dessa forma não tendo sido atingido por anistia concedida pelo artigo 1º da Lei nº 6.683/79;

g) ainda que não adotado o entendimento exposto no item anterior, não admite o Direito Internacional Público a figura da auto-anistia, de modo que os

militares responsáveis pelos crimes ocorridos durante a ditadura não poderiam criar norma jurídica que, em benefício próprio, extinguisse a punibilidade de tais delitos.

Feita essa breve síntese, nos itens seguintes se examinarão as teses levantadas no parecer, a fim de verificar se a persecução penal quanto ao homicídio praticado contra Vladimir Herzog ainda se viabiliza.

2. DA COMPETÊNCIA PARA EXAME DO CASO

2.1. DA ESPÉCIE DE DELITO AQUI TRATADO

De início, impõe-se expor que aqui se está a tratar da possibilidade de investigar delito de homicídio previsto no artigo 121 do Código Penal, com possível incidência de qualificadoras indicadas em seu respectivo parágrafo 2º.

De plano, não há que cogitar de crime de tortura, uma vez que esse delito apenas foi inserido no ordenamento jurídico pátrio em 1997, com a edição da Lei nº 9.455.

Na verdade, a única dúvida que poderia haver sobre a tipificação penal *in casu* diz respeito a se o dolo do sujeito ativo atingiu o evento morte ou se ateve à lesão corporal, hipótese em que se poderia falar do crime preterdoloso de lesão corporal seguida de morte, previsto no artigo 129, parágrafo 3º, do Código Penal.

Contudo, afastada a versão oficial do suicídio, a outra conclusão não se pode chegar senão a de que, no mínimo, o sujeito ativo do delito **assumiu o risco de provocar o resultado morte**, configurando-se hipótese, se não de dolo direto, claramente de dolo eventual, conforme dispõe o artigo 18, inciso I, do Código Penal. Portanto, aqui se está a tratar de exame de **crime doloso contra a vida**.

Sobre a inocorrência do suicídio e configuração de dolo eventual, impõe-se examinar o que disse Rodolfo Konder, conforme excerto extraído das fls. 857/859 do mencionado inquérito que fora requisitado pelo Ministério Público Estadual (anexo I, volume V, destas peças informativas):

“QUE, solicitado a fornecer maiores esclarecimentos sobre a sua permanência no DOI CODI naquela época, bem como da de WLADIMIR, o depoente ratifica suas informações anteriores, dizendo que quando WLADIMIR foi preso o depoente já ali se encontrava recolhido desde o dia anterior; QUE, efetivamente conversou com o mesmo para que dissesse sobre sua participação real junto ao Partido Comunista; QUE, lembra-se o depoente que quando ali entraram, eram lhes dados macacões de pano, sem cinto, que era uma cautela usada pelos interrogadores, inclusive observou o depoente que eles tinham também o cuidado de retirar até os cordões dos sapatos daqueles que eram submetidos a interrogatórios; QUE, sobre o fato de WLADIMIR ter sido morto ou melhor, ter sido encontrado morto com um pano no pescoço, dando a entender um enforcamento, a esse respeito o depoente pondera que, pelo que supôs, na época e agora, acredita que na verdade WLADIMIR deve ter sido morto e com aquela atitude, tentaram mascarar a sua morte, pois como disse, nenhum preso possuía cinto no macacão; QUE, à pergunta desta Autoridade, o depoente esclarece que mesmo estando preso, no mesmo local, somente veio a saber da morte de WLADIMIR no dia seguinte, ou seja no domingo; QUE, quanto ao fato de WLADIMIR ter rasgado o bilhete contendo sua confissão como militante do PCB, o depoente imagina que uma das hipóteses que mais aceita para sua morte é que WLADIMIR, pessoa contrária a qualquer tipo de injustiça, tenha se rebelado naquele momento contra a imposição dos torturadores, obrigando-o a fazer o que não queria, razão pela qual pode ter se revoltado contra os interrogadores, rasgando o bilhete num gesto momentâneo de raiva, sendo então agredido ou morto naquele momento; QUE, a esse respeito o depoente lembra-se de um detalhe, não mencionado anteriormente, que foi um comentário surgido durante o enterro, no sentido de que WLADIMIR teria sido ou melhor, WLADIMIR apresentava ferimento na parte posterior da cabeça, na base do crânio, podendo ser resultado de uma queda ou uma agressão, ferimento

esse que teria sido percebido pelas pessoas encarregadas da lavagem do corpo, em cumprimento ao ritual que os Judeus cumprem antes do enterro; QUE, perguntado quem ou de quem ouviu tal informação, o depoente informa que pelo que se lembra foi o Rabino, digo, pelo que se lembra, conversou com uma ou duas pessoas sobre isso e pelo que se recorda, a fonte dessa informação teria sido o Rabino Sobel, contudo não pode afirmar; QUE, acredita que a morte de WLADIMIR tenha ocorrido em razão de seu gesto, principalmente pelo que o conhecia, já que ele tratava-se de uma pessoa ponderada mas plenamente assumida contra as injustiças sociais, razão pela qual não acredita em suicídio; QUE, perguntado se durante sua convivência com WLADIMIR, este demonstrou alguma vez qualquer tendência suicida, a esse respeito o depoente responde que não, ao contrário, WLADIMIR era muito ligado à vida; QUE, sobre a reportagem publicada recentemente na revista 'Isto é Senhor', na qual o ex-policial PEDRO ANTONIO MIRA GRANCIERI assumiu participação no interrogatório de WLADIMIR, se o depoente dela tomou conhecimento e reconheceu tal pessoa como sendo o torturador que na época apresentava uma tatuagem no antebraço esquerdo, representando uma âncora, a esse respeito o depoente responde que tomou conhecimento do teor da reportagem e guardadas as proporções referentes ao tempo passado, parece-lhe ser a mesma pessoa, visto que foram muitos anos atrás que os fatos ocorreram, mas guarda na memória a sua fisionomia (...) QUE, cientificado do teor da reportagem da 'Isto é Senhor', no sentido de que permaneceram numa sala contígua àquela onde WLADIMIR se encontrava, o depoente confirma tal informação; QUE, confirma também que estando na sala lhe destinada, ouviu gritos de HERZOG e já em seguida ouviu o CAPITÃO RAMIRO pedir aos outros componentes da Equipe que trouxessem a 'pimentinha', que era como era conhecida a máquina de choques; QUE, pelo que se recorda e também em razão de estar encapuzado, não pode precisar a hora que isso ocorreu, mas com certeza foi durante o dia e no térreo, esclarecendo que posteriormente à tortura de HERZOG, o depoente e o DUQUE ESTRADA foram levados encapuzados até o andar superior, um segurando no ombro do outro, com o objetivo de que fossem lhes mostradas algumas fotos, fotos essas que não veio a reconhecer e posteriormente veio a supor que esse ato de levá-los para o andar superior, pode ter sido para tirá-los do térreo e

assim possibilitar a retirada do corpo de HERZOG, o qual, naquela altura já devia estar morto”

O depoimento de Rodolfo Konder é deveras esclarecedor. Como pessoa que esteve presa no mesmo local e tempo que Vladimir Herzog, pôde testemunhar que este foi efetivamente vítima de tortura, chegando a sofrer choques elétricos. A versão do suicídio é extremamente frágil, a começar da circunstância de que, numa prisão, não é usual que se deixem ao dispor dos presos objetos com os quais possam se suicidar, tendo Rodolfo no caso expressamente esclarecido que o macacão que tinham que usar no local não possuía cinto.

Em clara situação, portanto, de tortura, com o uso do método repugnante e cruel da aplicação de choques, não resta nenhuma dúvida de que o agente do crime assumiu o risco da morte de Vladimir, uma vez que esta era decorrência possível, e não excepcional, do método empregado. Isso, claro, se o objetivo do DOI/CODI não era efetivamente matar Herzog, caso em que haveria dolo direto.

De uma forma ou de outra, conclui-se que aqui se deve examinar crime de homicídio doloso, atualmente de competência do Tribunal do Júri, conforme reza o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República.

2.2. DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Expõe o parecer, ao ver deste signatário de modo totalmente correto, que a competência para exame deste caso é da Justiça Federal.

Não resta dúvida de que o DOI/CODI, não obstante pudesse se utilizar de servidores públicos federais e estaduais, era efetivamente um órgão de repressão do Exército, devendo ser imputados à União os atos por meio dele praticados.

Quaisquer que fossem os servidores que nele atuassem exerciam, portanto, função pública federal.

A Súmula nº 254 do extinto Tribunal Federal de Recursos, editada ainda antes da promulgação da Constituição brasileira de 1988, dispunha claramente que compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal, no exercício de suas funções, e com estas relacionadas.

Sob a vigência da nova Carta Magna, é de ser mantido o mesmo entendimento, pois delitos praticados por funcionário público federal certamente agridem o interesse da União de zelar por sua imagem e boa execução dos serviços públicos, havendo, portanto, enquadramento em hipótese de competência da Justiça Federal indicada em seu artigo 109, inciso IV.

Esse entendimento é corroborado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 1679, julgado em 21 de março de 1991 e sendo relator para acórdão o eminentíssimo Ministro Carlos Thibau, conforme a seguinte ementa:

“PROCESSUAL PENAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

Afeta interesse direto da União Federal, porque conspurca sua imagem e prejudica seu serviço, o seqüestro e posterior homicídio de cidadão estrangeiro, recém-chegado ao País em vôo procedente do exterior, por agentes federais que se encontravam em plantão no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, inclusive usando jaquetas com o emblema da Polícia Federal.”

Pelo exposto até o momento, verifica-se que a competência para processo e julgamento do delito aqui em exame é de Tribunal do Júri no âmbito da Justiça Federal.

Corrobora esse entendimento, ainda, o artigo 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar, com a redação dada pela Lei nº 9.299/1996, segundo o qual os crimes dolosos contra a vida cometidos por militar contra civil são de competência da justiça comum, afastando-se, portanto, a competência da justiça castrense.

No mais, observa-se que, a teor do disposto no artigo 87 do Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por analogia (artigo 3º do Código de Processo Penal), a competência é determinada no momento em que a ação é proposta e, portanto, não no momento do fato que será examinado na ação.

2.3. DA COMPETÊNCIA DA 1ª VARA CRIMINAL FEDERAL DE SÃO PAULO/SP PARA EXAME DESTE CASO

Tratando-se, aqui, de competência de júri federal para delito consumado em São Paulo/SP, a presente promoção deve ser encaminhada para apreciação à 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP, competente em razão da matéria por força do disposto no artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º, do Provimento nº 188/1999, exarado pelo Exmo. Sr. Presidente do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

No presente caso, trata-se, como adiante se mostrará, de promoção de arquivamento, mas a competência da 1ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP se mantém em razão da matéria.

Assinala-se, ainda, que as presentes peças de informação estão sendo encaminhadas com pedido de arquivamento ao Poder Judiciário por se entender que lhe cabe a apreciação de tal pedido, nos termos do artigo 28 do Código de Processo Penal e em consonância com o procedimento adotado nos demais

pedidos de arquivamento de peças de informação formulados por este signatário. No mais, assinala-se que a Egrégia 2^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal tem admitido como possível que o pedido de arquivamento de peças de informação e procedimentos investigatórios criminais seja formulado a ela própria ou ao Poder Judiciário.

3. DA COISA JULGADA MATERIAL

A primeira investigação sobre o presente caso ocorreu no âmbito da Justiça Militar Federal, resultando em promoção de arquivamento formulada pelo Ministério Público Militar por falta de prova de que teria ocorrido algo diverso de suicídio. Conforme se verifica a fls. 98 do anexo I, volume I, destas peças, o Procurador Dr. Oscar do Prado Queiroz assim pediu o arquivamento:

“Examinamos com o devido cuidado o presente inquérito e chegamos à conclusão de que a morte do cidadão VLADIMIR HERZOG, submetido a investigações por crime contra a segurança nacional, se deu, segundo a prova colhida, por sua livre e espontânea vontade, sem auxílio, instigação ou induzimento de quem quer que seja (ver artigo 207 do Código Penal Militar), razão pela qual requeremos o arquivamento dos presentes autos, por inexistência de crime a punir.”

A promoção de arquivamento foi acolhida em 8 de março de 1976 pelo Juiz Auditor da 1^a Auditoria da 2^a Circunscrição Judiciária Militar, Dr. José Paulo Paiva (fls. 99/100 do anexo I, volume I, destas peças informativas).

Trata-se, pois, de arquivamento por falta de provas, que permite reabertura das investigações, tanto sob a ótica do Código de Processo Penal Comum (artigo 18), quanto sob a ótica do Código de Processo Penal Militar (artigo 25).

Conforme acima exposto, em 1992 o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitou instauração de novo inquérito para investigação da morte de Vladimir Herzog, não obstante, como acima demonstrado, aqui se trate de competência da Justiça Federal.

Verifica-se a fls. 1041/1051 do anexo III, volume VI, destas peças que referido inquérito, autuado na Polícia Civil sob o número 704/92, foi trancado por decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no *Habeas Corpus* nº 131.798-3/8 **em virtude de causa extintiva da punibilidade denominada anistia**, em razão do disposto na Lei nº 6.683/1979. Dessa decisão foi interposto recurso especial.

Encaminhados os autos ao Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o recurso não foi conhecido, conforme se pode verificar a fls. 1084/1094 do apenso III, volume VI, destas peças. Tal decisão transitou em julgado, conforme se extrai de exame do andamento do Recurso Especial nº 33.782-7 no sítio do Superior Tribunal de Justiça na internet. O relator, Ministro José Dantas, assim concluiu o seu voto:

“Desse modo, como o questionamento recursal se cingiu à discutida prestabilidade do habeas corpus como via de trancamento do inquérito policial, sem formalizar qualquer contestação à falta de justa causa considerada pelo acórdão, segundo a anistia que acobertaria o noticiado fato criminoso irrogado ao paciente, fico em que o recurso especial não vence a preliminar do conhecimento: tanto porque lhe falta o primário requisito do prequestionamento, como porque, em última hipótese, as ementas colacionadas não guardam semelhança com a espécie versada nos autos, atenta aos préstimos do habeas corpus para trancamento de inquérito policial por falta de justa causa, quando às claras se mostre a extinção da punibilidade por força de anistia.

Pelo exposto, não conheço do recurso.”

Observa-se que o não conhecimento do recurso se deu por razões formais. De qualquer forma, admitiu o Superior Tribunal de Justiça como plausível a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido do reconhecimento da anistia.

Não resta nenhuma dúvida de que decisão de arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de anistia produz coisa julgada material. Isso porque, assim como a prescrição, a anistia é causa de extinção da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal. A matéria é de mérito, sem dúvida, pois as causas de extinção da punibilidade geram como efeito jurídico a extinção do poder-dever de punir do Estado, poder-dever esse nascido quando da prática do crime.

Nesse sentido, nos mesmos moldes do que ocorre com o arquivamento de inquérito policial por reconhecimento de prescrição, e ao contrário do mero arquivamento por falta de provas, o arquivamento por reconhecimento da anistia transita em julgado, não se admitindo posterior reabertura da investigação. Em qualquer caso de extinção da punibilidade da qual não mais caiba recurso, o efeito jurídico deve ser o mesmo, produzindo-se a coisa julgada material.

A intrigante questão que surge, neste passo, é se, em matéria penal, produz-se coisa julgada material se a decisão favorável ao investigado ou réu, aqui se tratando de decisão declaratória de extinção da punibilidade, é exarada por juízo ou tribunal incompetente. Em outras palavras, a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que considerou extinta a punibilidade do crime praticado contra Vladimir Herzog, efetivamente transitou em julgado, se admitido que a competência para exame do caso é da Justiça Federal?

A resposta a essa questão há de ser positiva, não se admitindo nova abertura da mesma investigação. O problema, na verdade, resume-se no conflito

entre norma constitucional que prevê competência e norma constitucional que estabelece a inviolabilidade da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição brasileira de 1988). Esta última, sem dúvida, possui mais pujante força, por se tratar se garantia individual fundamental, alcançada, inclusive, ao elevado patamar das cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição da República). Nesse contexto, e em se tratando de coisa julgada material em favor do investigado, não se pode senão considerá-la prevalente e válida, malgrado a incompetência exposta.

A jurisprudência vem se orientando no mesmo sentido, conforme se pode verificar no seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

Processo: RHC 17389/SE

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

2005/0034308-8

Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Data do Julgamento: 20/11/2007

Data da Publicação/Fonte: DJ de 07.04.2008

Ementa:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO. RECONHECIMENTO DE CAUSA EXCLUENTE DE ILICITUDE. DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA. PRECEDENTES.

1. A teor do entendimento pacífico desta Corte, o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade. Precedentes do STJ.

2. No caso, resta evidenciada essa excepcionalidade. O arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude.

3. Embora o inquérito policial possa ser desarquivado em face de novas provas, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, o que não se verifica na espécie. Precedentes.

4. Ainda que se trate de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, nos termos do disposto no art. 9.º do Código Penal Militar, porquanto praticado por militar fora do exercício da função, produz coisa julgada material.

5. Recurso conhecido e provido para determinar o trancamento da ação penal n.º 200420500013, em trâmite na 5.ª Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.”

Acórdão:

“Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.”

O teor desse acórdão é de tal modo elucidativo para o presente caso que o relatório e voto da Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz merecem transcrição integral:

“Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por SÉRGIO LUÍS ROCHA CORREIA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe.

Ao que consta, o ora Recorrente teve contra si instaurado inquérito policial militar, o qual foi arquivado pelo Juízo da 6.ª Vara Criminal da Auditoria Militar de Sergipe, a pedido do Ministério Público Militar em 29/03/2004.

Ocorre que, entremes, o Ministério Público Estadual ofereceu denúncia pelos mesmos fatos contra o Paciente, que foi recebida, estando o processo em trâmite perante a 5.^a Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

Inconformado, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, objetivando o trancamento da a o penal, sob o fundamento de que a a o em curso constitui ofensa 脿 coisa julgada. Aduziu, para tanto, que 'o que se declara por SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO, que o paciente praticara ato reprovável contra a pessoa da mesma vítima conhecida em ambos os processos, sob o pálio da excludente da criminalidade 'LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA', o que impõe ao honrado Pretório e nesta instânc a superior, TRANCAR de imediato, LIMINARMENTE, o trâmite da segunda e impertinente demanda presidida pela Juíza coatora, não podendo nem merecendo ser este submetido a novo julgamento em qualquer Juízo pelo mesmo fato, sem que esta vontade deixe de ser um inaceitável e primário erro judiciário' (fl. 04).

A ordem foi denegada, nos termos do acórdão de fls. 78/81.

Nas presentes razões, reitera o Recorrente os mesmos argumentos esposados no pedido originário, requerendo, assim, seja determinado o trancamento da a o penal em curso na 5.^a Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

O Ministério Público Federal manifestou-se 脿s fls. 97/100, opinando pelo desprovimento do recurso, em parecer assim ementado:

'POLICIAL MILITAR - HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA OUTRO POLICIAL MILITAR - FATO QUE NÃO GUARDA RELA O COM A ATIVIDADE POLICIAL - ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO NA JUSTIÇA MILITAR: INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - POSSIBILIDADE DE INSTAURA O DA A O PENAL PERANTE O JUÍZO COMPETENTE.

1) Com a altera o do art. 9.^o do Código Penal Militar, pela Lei n.^o 9.299/96, os crimes dolosos contra a vida praticados por policial militar contra civil, ou por militar contra outro militar, fora do exercício da atividade policial (sendo esta \'ltima a hipótese dos autos) não estão sujeitos 脿 competência da Justiça Militar. Assim, o arquivamento do inquérito perante este juízo, absolutamente incompetente, não impede a instaur o da a o penal perante o juízo competente. Parecer no sentido de que seja negado provimento ao recurso ordinário.' (fl. 97)

É o relatório.”

VOTO:

“Inicialmente, impende ressaltar que, a teor do entendimento pacífico desta Corte Superior, o trancamento da ação penal pela via do *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, **de forma inequívoca**, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.

Nesse sentido, dentre inúmeros outros, os seguintes precedentes:

'PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGOS 288 E 339, DO CP. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO.'

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).

II – No caso em tela, os fatos narrados na denúncia, respaldados em indícios de autoria e materialidade, levam, em tese, a indicativos de eventual crime de formação de quadrilha e denunciação caluniosa.

III - Não é inepta a denúncia cuja imputatio permite a adequação típica, nos termos do art. 41 do CPP, porquanto permite a ampla defesa. (Precedentes). Recurso desprovido.' (RHC 18460/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 12/02/2007.)

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PATROCÍNIO INFIEL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA.'

*1. O trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.*

2. Eventual nulidade no procedimento administrativo não acarreta inépcia da denúncia, que está amparada em outros meios de prova, suficientes para a configuração dos crimes em tese.

3. Reconhecer a falta de justa causa para a ação penal, porque pendente a prestação de contas final onde todos os valores seriam pagos às vítimas, inexistindo o dolo, demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos, incabível na via eleita.

4. *Recurso desprovido.*' (RHC 17688/SP, 5.^a Turma, de minha relatoria, DJ de 12/02/2007.)

No caso em testilha, porém, vislumbra-se essa excepcionalidade, na medida em que, consoante se verifica dos autos, de fato, o arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça Militar se deu em virtude da promoção ministerial, acostada às fls. 37/39, no sentido da incidência de causa excludente de ilicitude, *in verbis*:

'O representante do Ministério Pùblico Militar, instado a se manifestar, requereu o arquivamento destes autos, com espeque nos arts. 25, § 2.^o, e art. 397, caput, ambos do CPPM, face a existência de excludente de ilicitude [...]

Analizando-se os autos, verifica-se que o indiciado, Sd. PM n.^o 3497 SÉRGIO LUIZ ROCHA CORREIA praticou homicídio contra o Sd. PM n.^o 2985 Joselito Araújo Silva, mas ficou evidenciado que o indiciado agiu em preservação a sua integridade corporal, em consequência de uma discussão entre ambos, quando a vítima, de posse de um facão, partiu em sua direção, não lhe restando outra opção, a não ser efetuar disparos com uma arma de fogo em direção ao praça Joselito Araújo Silva, configurando, assim, a legítima defesa.

Ante o exposto, acolho o parecer do representante do Ministério Pùblico Militar, fls. 92/94, para DETERMINAR O ARQUIVAMENTO DESTES AUTOS, uma vez que os elementos colhidos durante a fase inquisitorial, restou provado que o indiciado Sd. PM n.^o 3497 SÉRGIO LUIZ ROCHA CORREIA, agiu em legítima defesa, na iminência concreta de ameaça a sua integridade física, não tendo outra escolha, senão a de eliminar seu adversário, tornando-se, assim, impossível o ajuizamento de uma ação penal militar.' (fls. 42/43)

É certo que o inquérito policial pode ser desarquivado em face de novas provas. Todavia, tal providência somente se mostra cabível quando o arquivamento tenha sido determinado por falta de elementos suficientes à deflagração da ação penal, não se mostrando possível na hipótese vertente, em que restou reconhecido pelo juízo que o réu agiu sob o pálio da causa excludente de antijuridicidade da legítima defesa.

Ressalte-se que a decisão do Juízo monocrático pelo arquivamento do procedimento investigatório, porquanto fundamentada em excludente de ilicitude, faz coisa julgada material.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

'Inquérito policial: decisão que defere o arquivamento: quando faz coisa julgada.'

A eficácia preclusiva da decisão que defere o arquivamento do inquérito policial, a pedido do Ministério Público, é similar à daquela que rejeita a denúncia e, como a última, se determina em função dos seus motivos determinantes, impedindo, se fundada na atipicidade do fato, a propositura ulterior da ação penal, ainda quando a denúncia se pretenda alicerçada em novos elementos de prova.

Recebido o inquérito, ou, na espécie, o Termo Circunstaciado de Ocorrência, tem sempre o Promotor a alternativa de requisitar o prosseguimento das investigações, se entende que delas possa resultar a apuração de elementos que dêem configuração típica ao fato (C. Pr. Penal, art. 16; L. 9.099/95, art. 77, § 2º). Mas, ainda que os entenda insuficientes para a denúncia e opte pelo pedido de arquivamento, acolhido pelo Juiz, o desarquivamento será possível nos termos do art. 18 da lei processual.

***O contrário sucede se o Promotor e o Juiz acordam em que o fato está suficientemente apurado, mas não constitui crime. Aí, a exemplo do que sucede com a rejeição da denúncia, na hipótese do art. 43, I, C. Pr. Penal, a decisão de arquivamento do inquérito é definitiva e inibe que sobre o mesmo episódio se venha a instaurar ação penal, não importa que outros elementos de prova venham a surgir posteriormente ou que erros de fato ou de direito hajam induzido ao juízo de atipicidade.'* (HC 80560/GO, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 30/03/2001; grifos acrescidos.)**

Ainda que se cuide de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, como na espécie, uma vez que se trata, em tese, de crime sujeito à jurisdição da Justiça Comum Estadual, consoante o disposto no art. 9º do Código Penal Militar – porquanto praticado por militar fora do exercício da função –, produz coisa julgada.

A propósito, os seguintes precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal:

'HABEAS CORPUS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM MOTOCICLETA PILOTADA POR SOLDADO DO EXÉRCITO. FATOS ANALISADOS PELO JUÍZO COMUM DA

VARA DE ACIDENTES DE TRÂNSITO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. ABERTURA DE NOVO PROCESSO PERANTE A JUSTIÇA CASTRENSE. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CRIME MILITAR (ALÍNEA 'D' DO INCISO III DO ART. 9º DO CPM). EFICÁCIA DA COISA JULGADA, AINDA QUE A DECISÃO HAJA SIDO PROFERIDA POR JUÍZO INCOMPETENTE.

Não há que se falar em competência da Justiça Castrense se o acidente de trânsito se deu quando o soldado já havia encerrado a missão de escolta e retornava ao quartel, não se encontrando, assim, no desempenho de função militar (alínea 'd' do inciso III do art. 9º do CPM). É de se preservar a coisa julgada quanto à decisão extintiva da punibilidade do acusado, ainda que a sentença haja sido proferida por juízo incompetente para o feito. Precedentes. Habeas corpus deferido.' (HC 89592/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 18/12/2006.)

'HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DESACATO A JUIZ ESTADUAL INVESTIDO DAS FUNÇÕES ELEITORAIS. CRIME COMUM, DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. COISA JULGADA MATERIAL.

1. É da jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal que o desacato, cometido contra Juiz Estadual investido da jurisdição eleitoral, é crime comum, de competência da Justiça Federal, por atentar contra interesse da União, representada que está, em caso tais, por de um de seus órgãos.

2. *Em sede penal, é da tradição jurisprudencial, consentânea com a proteção constitucional da liberdade da pessoa humana, atribuir-se plena eficácia à coisa julgada, ainda quando produzida em juízo incompetente, ou mesmo à que falte jurisdição.*

3. *Ordem concedida, para determinar o trancamento da ação penal.' (HC 18078/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 24/06/2002; grifos acrescidos.)*

'HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DECISÃO QUE O ORDENOU, COM TRANSITO EM JULGADO. REMESSA, PELA AUTORIDADE POLICIAL, DOS AUTOS A OUTRO JUÍZO. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL FUNDADA NOS FATOS APURADOS NO

INQUÉRITO POLICIAL, MANDADO ARQUIVAR POR JUIZ DE OUTRA COMARCA. OFENSA A COISA JULGADA.

- Se incompetente o juiz que decretou o trancamento do inquérito policial, decisão que transitou em julgado, descabe ao mm. juiz de direito de outra comarca instaurar a ação penal, pelos mesmos fatos, sob pena de ofender a coisa julgada.

- Ordem concedida para manter a decisão que trancou o inquérito policial.' (HC 6059/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 25/02/1998; grifos acrescidos.)

Verifica-se, pois, que a decisão judicial que determina o arquivamento do inquérito policial a pedido do Ministério Público, com fulcro na existência de causa excludente de ilicitude, mesmo quando emanada de juízo absolutamente incompetente, está acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Nesse diapasão, trago à colação o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, que é claro ao dispor:

'I - Habeas corpus: cabimento. É da jurisprudência do Tribunal que não impedem a impetração de habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles. II - Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. Precedentes: HC 80.560, 1^a T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1^a T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040.' (STF, HC 83346/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 19/08/2005; grifos acrescidos.)

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso, e DOU-LHE PROVIMENTO para determinar o trancamento da ação penal n.º 200420500013, em trâmite perante a 5.^a Vara Criminal do Tribunal do Júri da Comarca de Aracaju/SE.

É como voto.”

Diante de tal entendimento jurisprudencial, conclui-se nesta promoção que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que reconheceu a anistia em relação ao delito praticado contra Vladimir Herzog transitou em julgado e não mais pode ser modificada, o que justifica o pedido de arquivamento destas peças informativas.

Em que pese tal conclusão, passa-se abaixo a examinar as demais questões levantadas no parecer, diante de sua relevância e para a hipótese de não se reconhecer a coisa julgada material.

4. DA ANISTIA

Impõe-se, agora, examinar a questão da suposta ocorrência de anistia quanto ao homicídio praticado contra Vladimir Herzog.

A Lei nº 6.683/1979 dispôs, em seu artigo 1º, o seguinte:

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

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

§ 2º. Excluem-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3º. Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.”

A norma é bastante clara. Concedeu-se anistia a crimes políticos, a crimes conexos a crimes políticos e a crimes eleitorais. Aqui não se trata de crime eleitoral, nem sequer de crime conexo a nenhum outro, uma vez que “conexão” não pode ser entendida senão como “relação” entre no mínimo dois delitos efetivamente praticados, isso seja do ponto de vista do Código Penal (artigo 61, inciso II, alínea b), seja do ponto de vista do Código de Processo Penal (artigo 76). Basta, então, verificar se o homicídio de Vladimir Herzog pode ser conceituado como crime político.

4.1. DO CONCEITO DE CRIME POLÍTICO

O crime político, em sentido próprio, deve conjugar um critério subjetivo e um critério objetivo. O subjetivo consiste na motivação política do ilícito. O objetivo diz respeito à espécie de bem jurídico lesado, que deve ter natureza política.

Tal conceito, de índole doutrinária, pode ser extraído também dos artigos 1º e 2º da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que definiu os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social:

“Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

- I - a integridade territorial e a soberania nacional;
- II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;
- III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:

- I - a motivação e os objetivos do agente;
- II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

Embora editada posteriormente à lei que concedeu anistia, a Lei nº 7.170/83 bem abordou, nos dispositivos acima, o crime político. Não se pode, pois, dele cogitar, em sentido próprio, se não existe motivação política (critério subjetivo) e ofensa seja à integridade territorial ou à soberania nacional, seja ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito, seja às pessoas dos chefes dos Poderes da União (critério objetivo).

Fala-se na caracterização de crime político impróprio na hipótese de, embora configurada a motivação política, não se vislumbrar ofensa aos bens jurídicos acima indicados.

Com tal conceituação, observa-se que o homicídio de Vladimir Herzog pode ser tido como crime político impróprio, jamais próprio. Parece bastante evidenciada a motivação política do delito, uma vez que fora a suposta militância de esquerda de Vladimir Herzog a razão que o levou a ser interrogado no DOI/CODI, mas o bem jurídico atingido foi a vida do jornalista, que nenhuma natureza política possui.

4.2. DA INOCORRÊNCIA DE ANISTIA IN CASU

A questão, então, é saber se a anistia prevista na Lei nº 6.683/79 alcançou os crimes políticos impróprios não conexos a nenhum crime político próprio.

Isso certamente não ocorreu. Ao falar, no parágrafo 1º de seu artigo 1º, em “crimes políticos ou praticados por motivação política”, é certo que a lei distinguiu os crimes políticos próprios dos impróprios, concedendo anistia aos últimos somente quando conexos com os primeiros.

Conclui-se, pois, que o crime ora em comento não teve sua punibilidade extinta pela anistia. Em que pese isso, reitera-se o posicionamento no sentido de que o reconhecimento anterior da anistia pela Justiça do Estado de São Paulo produziu coisa julgada material e não mais pode ser modificado.

5. DA PRESCRIÇÃO

Superada a questão da extinção da punibilidade pela anistia, cumpre agora examinar a prescrição, problema bem mais complexo.

O Código Penal, em seu artigo 109, seja na redação original que remonta a 1940, seja na redação dada pela Lei nº 7.209/1984, estabelece como prazo prescricional máximo o de 20 anos. Sob o ângulo do Código Penal, portanto, o crime em análise encontra-se irremediavelmente prescrito, pois praticado há mais de 30 anos, não tendo ocorrido, até o momento, nenhuma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Não resta dúvida de que a prescrição é matéria que pode ser versada em lei ordinária, a qual, inclusive, pode criar hipóteses de imprescritibilidade. A prescritibilidade dos delitos não era objeto de garantia constitucional sob a égide da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 1/1969, então em vigor à época da morte de Vladimir Herzog, e continua a não ser na Constituição de 1988. Tais Constituições não trouxeram norma dessa natureza, tendo a última,

inclusive, estabelecido hipóteses expressas de imprescritibilidade, que, contudo, aqui não assumem nenhuma relevância, por não possuírem aplicação retroativa.

Diante desse contexto normativo, o parecer procurou sustentar que o crime praticado contra Vladimir Herzog se caracteriza, sob o ângulo do Direito Internacional Público, como crime contra a humanidade, sendo, nessa condição, imprescritível, por imposição de norma consuetudinária internacional com força de *ius cogens*. É o que se passa a examinar.

5.1. DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME CONTRA A HUMANIDADE E DE SUA FUNÇÃO JURÍDICA

De acordo com o minudentemente exposto no parecer, crime contra a humanidade, na conceituação corrente no Direito Internacional Público, constitui qualquer prática desumana, ainda que considerada individualmente, contra a população civil, no âmbito de uma perseguição contínua e sistemática por motivos políticos, raciais ou religiosos, dentre outros similares.

A idéia de crime contra a humanidade remonta ao artigo 6º, alínea (c), do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, adotado pela Organização das Nações Unidas por meio da Resolução nº 95, de 11 de dezembro de 1946. Posteriormente, diversos outros instrumentos jurídicos de Direito Internacional Público trataram do tema, conforme descrito no parecer. Observa-se, a propósito, que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, deixa claro que os crimes contra a humanidade podem ser praticados em tempo de guerra ou em tempo de paz (artigo 1º, alínea 2).

Sem maiores dificuldades, é possível concluir que o homicídio de Vladimir Herzog preenche todas as características dos chamados crimes contra a humanidade, como tal podendo perfeitamente ser caracterizado. Com efeito, o homicídio decorreu da prática desumana da tortura, sendo cometido em tempo de paz contra civil num ambiente político de inequívoca repressão a todos aqueles que manifestassem ideais políticos contrários à manutenção da ditadura militar.

Cumpre observar, neste passo, que, em que pese a configuração do crime contra a humanidade, em nenhum momento os membros do Ministério Público Federal que solicitaram o início da persecução penal para apurar delito cometido contra Vladimir Herzog cogitaram da possibilidade de se tratar do delito apenas como crime contra a humanidade, sem considerar tipificação penal de direito interno. Ao contrário, sempre se considerou que a responsabilização seria por homicídio, até porque o crime contra a humanidade é uma conceituação de caráter geral e não possui indicação de pena específica.

Assim, o que se nota, com clareza, é que a idéia de crime contra a humanidade utilizada no parecer tem a função jurídica precípua de integrar o conteúdo de possível norma consuetudinária internacional que estabeleceria a imprescritibilidade para tal tipo de delito.

Para que se possa, contudo, analisar a real existência dessa norma e, sobretudo, verificar se ela é aplicável no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, há que partir, agora, para o ponto mais delicado desta promoção, que consiste no exame das relações entre o Direito Interno dos Estados e o Direito Internacional Público, tema dos mais belos e instigantes de toda a ciência jurídica.

5.2. DO MONISMO E DO DUALISMO

Duas exposições teóricas básicas procuram explicar as relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional Público. São conhecidas, basicamente, por teoria monista e teoria dualista.

Guido Fernando Silva Soares, em seu *Curso de Direito Internacional Público*, volume 1, 2^a edição, São Paulo, Atlas, 2004, páginas 204/205, assim expõe o problema:

“A primeira formulação teórica da questão, como sabemos, deveu-se ao jurista alemão Heinrich Triepel, que expôs de forma sistemática num curso da Academia de Direito Internacional da Haia, por sinal, um dos primeiros a ser publicado no famoso *Recueil des Cours*, em 1923, e que teria como seguidor e genial sistematizador o eminentíssimo Prof. Dionizio Anzilotti, da Universidade de Pádua. Posteriormente denominada de teoria dualista, essa concepção parte do pressuposto da existência de dois ordenamentos jurídicos totalmente distintos, originários de fontes diversas e com destinatários de suas normas diferenciados, sistemas esses que se ignoram reciprocamente e não se superpõem, salvo nos casos de haver uma recepção das normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais, o que se realiza por meio de uma lei ou de um ato expresso do Poder Executivo dos Estados. As consequências seriam, portanto, de inexistência de conflitos entre os ordenamentos jurídicos, o interno e o internacional, mas tão-somente uma questão de conflito entre duas normas, suscitado no interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, aquela tipicamente nacional e aquela tipicamente internacional ‘internalizada’, conflito esse a ser resolvido segundo as regras nacionais.

A segunda formulação partiu do jurista austríaco Hans Kelsen, em outro curso igualmente na Academia da Haia, publicado no *Recueil des Cours*, em 1926, elaborada, portanto, no mesmo momento histórico em que emergia o dualismo de H. Triepel, a qual passaria a ser conhecida como monismo. Partindo do pressuposto de que as normas internas e as internacionais constituem um único fenômeno normativo, que têm em mira regular o comportamento livre dos homens e sua natural sociabilidade, em qualquer circunstância, inclusive em seu relacionamento fora da

própria comunidade, somente existiria um único sistema jurídico, sendo os ordenamentos jurídicos nacionais sistemas normativos parciais, que se integram no ordenamento jurídico internacional. Sendo assim, as convenções e tratados internacionais, bem como o costume internacional, têm vigência imediata nos ordenamentos jurídicos internos, sem necessidade de qualquer ato formal de recepção (e mesmo exigindo-se um ato de internalização, como uma lei nacional ou atos complexos de cooperação entre o Executivo e o Legislativo nacionais, as ordens jurídicas seriam a mesma realidade normativa, com particularidades em sua feitura).

Se o dualismo representa uma formulação teórica que aparentemente mais se aproxima da prática internacional dos Estados, poderia, em princípio, justificar posicionamentos por um nacionalismo lastreado no fenômeno de os Estados terem a dupla condição de fazedores da norma internacional e de destinatários das mesmas, os quais ainda guardam seus atributos de serem os responsáveis por um ordenamento jurídico nacional; contudo, mal pode ele explicar os fenômenos da globalização, em especial, nos aspectos de as normas internacionais invadirem os domínios tradicionalmente reservados à regulamentação de autoridades nacionais e criarem obrigações para os Estados. Na verdade, na questão da responsabilidade internacional dos Estados, o dualismo não consegue dar uma resposta satisfatória a que um comportamento do Estado, totalmente conforme ao seu direito interno, possa estar em contradição com um dever internacional e justificar contramedidas legítimas aplicáveis por outros Estados em relação a ele, por violação de uma obrigação internacional. O monismo, de outra forma, ao pressupor uma unidade automática entre os ordenamentos jurídicos internos e o internacional, desconhece que os conflitos não são resolvidos por autoridades que tenham sua legitimidade e legalidade apoiadas num único sistema, pois as competências e jurisdições de juízes internacionais e de árbitros em litígios interestatais, em casos excepcionalíssimos, abarcam ao mesmo tempo as relações internacionais e as relações humanas no interior dos Estados. Neste último caso, é mister citar-se a existência de três únicos tribunais internacionais institucionais, os existentes nas integrações regionais do tipo mercado comum, da Comunidade Européia, do Pacto Andino e do Sistema de Integração Centro-Americano, que, por expressa delegação dos Estados-partes, podem declarar o direito internacional, com efeitos imperativos nos sistemas jurídicos

internos dos Estados (mas ainda restritos a uma interpretação em tese da norma jurídica, e não nos seus efeitos de solucionar, de modo real e definitivo, os conflitos entre pessoas)."

Hildebrando Accioly, em seu *Manual de Direito Internacional Público*, atualizado por G. E. do Nascimento e Silva, 12^a edição, São Paulo, Saraiva, 1996, páginas 59/60, assim trata do monismo e do dualismo:

"No campo da doutrina, duas grandes correntes buscam demonstrar que as normas internacionais e as municipais têm muito em comum e podem funcionar separadamente. A dificuldade de um juiz diante de um caso concreto consiste em optar por uma das duas, em caso de conflito entre o direito interno e o direito internacional ou, melhor dito, entre uma lei interna e um tratado devidamente ratificado. E aqui se verifica que o enfoque eventualmente dado por um juiz nacional poderá não ser o mesmo de um juiz de tribunal internacional.

A primeira pergunta consiste em saber se o DIP e o direito interno são dois ordenamentos independentes, estanques, ou se são dois ramos de um mesmo sistema jurídico. A primeira solução é defendida pelos partidários da tese *monista*, ao passo que a tese oposta é denominada *dualista*.

Para os defensores da doutrina dualista, o direito internacional e o direito interno são dois sistemas distintos, dois sistemas independentes e separados, que não se confundem. Salientam que num caso se trata de relações entre Estados, enquanto no outro as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos. Outro argumento é que o DIP depende da vontade comum de vários Estados, ao passo que os direitos internos dependem da vontade unilateral do Estado. Em consequência, o DIP não cria obrigações para o indivíduo, a não ser que as suas normas sejam transformadas em direito interno. Mas é na explicação do fenômeno da *transformação* que os defensores do dualismo mostram a debilidade de seu raciocínio, que, além do mais, não leva em conta a importância do costume.

A doutrina monista não parte do princípio da vontade dos Estados, mas sim de norma superior, e, como esclarece Accioly, 'em princípio, o direito é um só, quer se

apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais'. Aceita a tese fundamental de que o direito é um só, os defensores da doutrina monista enveredam por dois caminhos opostos: para uns, em caso de dúvida, vinga o direito internacional: é a tese do *primado do direito internacional*; já os outros defendem a tese do *primado do direito interno*. Para Kelsen, do ponto de vista científico, os dois sistemas são igualmente aceitáveis, ou seja, uma norma qualquer pode ser aceita como ponto de partida do sistema total; mas a seu ver a tese do primado do direito internacional deve ser acolhida por motivos práticos."

Partindo dessas exposições teóricas, este signatário adota – e, aliás, sempre adotou, desde que se interessou particularmente pelo tema quando ainda estudante de Direito – a teoria dualista, por razões de ordem histórica e lógica.

O dualismo indica que cada ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional constituem sistemas normativos perfeitamente identificáveis e distintos. Cada um deles é formado por um conjunto de normas, estas entendidas como proposições hipotéticas que visam a estabelecer determinados direitos e deveres aos sujeitos jurídicos.

O ordenamento jurídico brasileiro, assim como outros ordenamentos internos, tem como sujeitos de direitos e deveres as pessoas humanas, denominadas "pessoas físicas", e uma série de outros entes a que se chama genericamente de "pessoas jurídicas", podendo estas ser de Direito Público ou de Direito Privado.

Por sua vez, a ordem jurídica internacional tem, classicamente, como sujeitos de direitos e deveres os Estados e os organismos por eles constituídos, as ditas "Organizações Internacionais". Modernamente, normas de Direito Internacional Público vêm criando às próprias pessoas humanas direitos e deveres.

Pois bem. Pelo dualismo, as normas internas, aplicáveis por órgãos próprios administrativos e judiciais internos, regulam a conduta das pessoas físicas e jurídicas; as normas internacionais regulam a conduta (aqui entendida em sentido amplo, e não apenas como comportamento de pessoas naturais) dos Estados, das Organizações Internacionais e também das pessoas humanas, **sendo aplicáveis por órgãos internacionais.**

O monismo não estabelece essas diferenças claras entre as ordens jurídicas, acoplando todas as normas jurídicas e sujeitos de direitos e deveres em um único sistema, como se eles não tivessem tido formação completamente autônoma.

Com efeito, não resta a menor dúvida de que a formação das ordens jurídicas internas precede, do ponto de vista lógico e histórico, à formação da ordem jurídica internacional. Isso porque, antes antes de se falar em relacionamento entre Estados, base do Direito Internacional Público, os Estados precisam se formar mediante organização normativa interna nas comunidades humanas. Não se está aqui a utilizar um conceito de Estado moderno, mas sim um conceito de Estado puramente jurídico, como domínio territorial onde se formou um ordenamento jurídico soberano de regulação da conduta humana, o que existe desde a Idade Antiga. Somente quando tais Estados passam a se relacionar, sem prejuízo da soberania de cada um, é que começam a ser delineadas as normas de Direito Internacional Público.

Feita essa contextualização, fica clara a opção pelo dualismo, corrente teórica que efetivamente parece a este signatário a mais correta, em que pese a existência de um grande número de autores adeptos do monismo.

Observa-se, entretanto, que a adoção do dualismo não impede que normas oriundas da ordem jurídica internacional sejam aplicadas por um órgão específico

que atue no âmbito de uma ordem jurídica interna, órgão esse que também pode aplicar normas jurídicas de outra ordem jurídica interna.

Isso pode se dar basicamente por duas formas: por processo de internalização e por meio de remissão. A internalização consiste na aprovação, por órgão legislativo ou administrativo de uma ordem jurídica, de norma cujo conteúdo foi elaborado no contexto de uma outra ordem jurídica, passando, então, a viger como se norma de Direito Interno fosse. É o caso típico dos tratados e convenções internacionais, criados pelo relacionamento entre Estados no âmbito do Direito Internacional Público, e posteriormente internalizados no ordenamento dos países que a eles aderiram. A remissão consiste no apontamento, pela ordem jurídica interna, acerca da direta aplicação de norma jurídica de outro ordenamento, interno ou internacional, sem processo de internalização. É o caso, por exemplo, do chamado Direito Internacional Privado brasileiro, que nada mais é que um conjunto de normas internas que, em determinadas situações de dúvida, determina aplicação direta de outros ordenamentos.

Em caso de procedimento de internalização, surge também a questão de saber com qual hierarquia a norma internacional ingressa no ordenamento interno brasileiro, se de caráter constitucional, legal ou supralegal (entre a Constituição e a lei ordinária). A questão somente foi melhor resolvida com a Emenda Constitucional nº 45/2004 à Constituição de 1988, que admite a possibilidade de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos terem força de emendas constitucionais, desde que aprovadas em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Quando não atingido esse quórum qualificado, os tratados e convenções internacionais, portanto, mesmo que referentes a direitos humanos, têm caráter infraconstitucional, não importando aqui discutir se supralegal ou meramente legal.

A jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal já enfrentou de algum modo essas questões. Mesmo que nem sempre tratando diretamente do tema do monismo/dualismo sob enfoque teórico, o STF sempre admitiu, com tranqüilidade, a supremacia da Constituição brasileira no ordenamento pátrio, a ela cabendo estipular como se aplicam no Brasil as normas internacionais. Veja-se o seguinte aresto, exarado antes da referida Emenda nº 45/2004:

ADI-MC 1480 / DF - DISTRITO FEDERAL

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator: Min. CELSO DE MELLO

Julgamento: 04/09/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 18-05-2001 PP-00429

REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

REQTE.: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO.: CONGRESSO NACIONAL

E M E N T A:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA

LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedural de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoredade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções

internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno.

Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (*'lex posterior derogat priori'*) ou, quando cabível, do critério da especialidade.

Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais

o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. **LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)."

Com todo o exposto, passa-se a seguir a fazer outras considerações de acordo com os postulados teóricos do dualismo e o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, não obstante possa tender a assegurar, no futuro, o caráter de suprallegalidade aos tratados e convenções internacionais internalizados, não os exime, com isso, do controle de constitucionalidade.

5.3. DA INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE LÓGICA ENTRE DECISÃO DE ÓRGÃO INTERNO E EVENTUAL DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO INTERNACIONAL

É necessário observar, neste ponto, e ante as considerações feitas no parecer, que nenhuma incompatibilidade lógica pode existir entre normas de Direito Interno e aplicação de normas jurídicas por órgãos internos, de um lado, e normas de Direito Internacional Público e aplicação de normas jurídicas por órgãos internacionais, de outro. E isso pela simples razão de se tratar de sistemas completamente distintos.

Argumenta o parecer que, se não adotada a tese da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade pelo Poder Judiciário brasileiro, poderá o Brasil sofrer uma condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, indicando jurisprudência desta em tal sentido em casos análogos.

Entende este signatário que o Pacto de São José da Costa Rica, adotado pelo Brasil após a Constituição de 1988, não estabeleceu claramente nenhuma hipótese de imprescritibilidade para o passado. E nem se diga que não seria caso de retroagir a imprescritibilidade até 1975, mas sim de aplicá-la após a adoção do Pacto, pois prescrição é tema de direito material. De qualquer forma, sustenta o parecer, e não se pretende aqui discutir esse ponto, que, de acordo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, teria assumido o Brasil uma obrigação de punir os crimes contra a humanidade independentemente de regras internas de prescrição.

Tal obrigação, como se vê, é de caráter internacional, é do Estado brasileiro como integrante de uma comunidade internacional. Mesmo que internalizado o Pacto, tal obrigação não tem sentido senão sob o ângulo do Direito Internacional

Público. Sob o enfoque interno, a mesma obrigação precisa, para valer, ser compatível com a Constituição da República. Como adiante se mostrará, prescreveu efetivamente a pretensão punitiva do Estado brasileiro quanto ao homicídio praticado contra Vladimir Herzog. Se o Brasil assumiu uma obrigação internacional de punir o autor desse delito, assumiu, sob enfoque internacional, uma obrigação que não pode cumprir de acordo com as regras internamente vigentes, a menos que, como se sustentará, **manifeste-se o poder constituinte originário.**

5.4. DA INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DE IMPRESCRITIBILIDADE CRIMINAL NO DIREITO BRASILEIRO NA DATA DO DELITO

O Direito Positivo brasileiro não adotava a imprescritibilidade criminal em 1975.

Reiterando o já assinalado, o Código Penal e a Constituição em vigor à época não a previram.

Sem, portanto, cogitar de normas internacionais, não haveria como falar em imprescritibilidade para o crime aqui em exame.

Como acima exposto, as duas hipóteses para admitir aplicação por órgão interno de uma norma internacional são a internalização e a remissão. A internalização dos tratados era exigida tanto pela Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda nº 1/69, em seus artigos 44, inciso I, e 81, inciso X, quanto pela Constituição de 1988, em seus artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII.

Em 1968, consoante já mencionado, foi editada a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade. Todavia, o Brasil não aderiu a tal instrumento normativo, de modo que ele não foi

internalizado. Nenhum outro instrumento normativo que estabelecesse claramente a mesma imprescritibilidade foi internalizado pelo Brasil, sendo necessário lembrar que instrumentos de Direito Internacional Público que não se submetem a processos de internalização, como é o caso de resoluções da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em princípio não se aplicam internamente.

Igualmente, nenhuma norma constitucional ou infraconstitucional brasileira remete à aplicação no âmbito interno de alguma norma internacional sobre imprescritibilidade.

Por tal linha de raciocínio já se vê que o ordenamento jurídico brasileiro também não acolheu a imprescritibilidade por meio da adoção de alguma norma de índole internacional.

Contudo, afirma o parecer que há uma norma consuetudinária internacional, bem anterior ao crime aqui tratado, que estabelece a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, sendo certo que isso se impõe como obrigação a todos os Estados, de modo geral, como regra internacional do chamado *ius cogens*, e ao Brasil, em particular, por força da adoção dos princípios gerais de Direito Internacional com a ratificação, em 1914, da Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, que remonta a 1907, tendo sido elaborada em Haia. E afirma, ainda, que a existência dessa norma consuetudinária internacional prévia ao delito torna irrelevante, para o caso, a não ratificação, pelo Brasil, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, e que tão somente consolidou em texto escrito costume obrigatório já existente.

É duvidosa a existência do referido costume internacional. O primeiro diploma normativo a estabelecer expressamente a imprescritibilidade, justamente a mencionada Convenção de 1968, até o ano de 1975, não tinha recebido o aval

de sequer vinte países, como pode ser visto no sítio da internet <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty6.htm>. Até hoje, países de grande relevância mundial como Estados Unidos da América, Japão, Alemanha, França, Itália, Reino Unido e China não o assinaram.

Fica difícil, portanto, admitir a real existência de uma norma consuetudinária acerca da imprescritibilidade, uma vez que tão poucos Estados aderiram a um tratado que nada mais faria senão exprimir um costume previamente existente.

Mas admita-se, por hipótese, que o costume invocado realmente exista.

Teria ele vigência internamente no Brasil? Não, pois costume é norma não escrita e, justamente por tal motivo, não se submete a processo de internalização, também não havendo norma interna brasileira que faça remissão à adoção, no âmbito interno, de semelhante costume internacional. Observa-se que os princípios e normas de *ius cogens*, a que se refere o parecer, são de Direito Internacional Público, sempre havendo, para aplicação interna, necessidade de algum procedimento de internalização ou remissão específicos.

Em novo giro de exame conceitual, novamente se admite, por hipótese, que o costume foi de algum modo internalizado. Poderia ele ser aplicado hoje? Também, com certeza, não, por flagrante incompatibilidade com a Constituição de 1988, que traz como garantia fundamental do indivíduo, inclusive com o fortalecido status de cláusula pétrea, a seguinte, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, repetindo, aliás, norma geral estampada no artigo 1º do Código Penal desde 1940:

“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”

A Constituição de 1988 não transige em matéria penal: impõe que, efetivamente, crimes e penas sejam necessariamente criados por lei, **E LEI EM SENTIDO FORMAL**. Norma consuetudinária é norma, no sentido de proposição

hipotética que regula condutas, mas não é lei em sentido formal. Tanto a norma legal quanto a consuetudinária podem ter a mesma força e hierarquia, mas são produzidas por meios completamente diferentes. A lei em sentido formal é escrita, o costume não, necessitando o último ser provado.

Ora, por que a Constituição de 1988, depois de dizer, em seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, volta a falar na legalidade penal, como acima exposto, ou na legalidade tributária, como em seu artigo 150, inciso I? Seria simples reiteração? Claro que não. A legalidade genérica deve ser entendida como necessidade de existência de norma jurídica, que pode ser dos mais variados matizes. Já em matéria de criação de crimes e de tributos **A CONSTITUIÇÃO EXIGE NÃO APENAS A NORMA JURÍDICA, MAS A LEI EM SENTIDO FORMAL**. Não é outro o princípio da estrita legalidade. Assim, costume pode criar crime, majorar sua pena, estabelecer facilidades para sua punição como a imprescritibilidade? Não. Pode o costume criar tributo, majorar alíquotas? Certamente não.

Tratando brilhantemente da diferença entre **reserva da norma** e **reserva da lei**, assim se exprime Eros Roberto Grau em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1998, páginas 183/184:

“Nesta oportunidade pretendo, no exame do princípio da legalidade, cogitar exclusivamente de um dos múltiplos aspectos, nele, a reclamar atenção. Tome-se o seu enunciado na Constituição de 1988, art. 5º, II: ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

Ora, há visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições da lei; ii) vinculação da Administração às definições decorrentes – isto é, fixadas em virtude dela – de lei. No primeiro caso estamos diante da *reserva da lei*; no segundo, em face da *reserva da norma* (norma que pode ser tanto *legal* quanto *regulamentar*; ou *regimental*).

Na segunda situação, ainda quando as definições em pauta se operem em atos normativos não da espécie legislativa – mas decorrentes de previsão implícita ou explícita em atos legislativos contida –, o princípio estará sendo devidamente acatado. No caso, o princípio da legalidade expressa *reserva da lei em termos relativos* (= *reserva da norma*), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule.

Voltando ao art. 5º, II, do texto constitucional, verificamos que, nele, o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz a conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários.

Tanto isso é verdadeiro – que o dispositivo constitucional em pauta consagra o princípio da legalidade em termos apenas relativos – que em pelo menos três oportunidades (isto é, no art. 5º, XXXIX, no art. 150, I, e no parágrafo único do art. 170) a Constituição retoma o princípio, então o adotando, porém, em termos absolutos; não haverá crime ou pena, nem tributo, nem exigência de autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica, sem *lei* – aqui entendida como tipo específico de ato legislativo – que os estabeleça. Não tivesse o art. 5º, II, consagrado o princípio da legalidade em termos somente relativos, e razão não haveria a justificar a sua inserção no bojo da Constituição, em termos então absolutos, nas hipóteses referidas.

Dizendo-o de outra forma: se há um princípio de reserva da lei – ou seja, se há matérias que só podem ser tratadas pela lei –, evidente que as excluídas podem ser tratadas em regulamentos; quanto à definição do que está incluído nas matérias de reserva de lei, há de ser colhida no texto constitucional; quanto a tais matérias não cabem regulamentos. Inconcebível a admissão de que o texto constitucional contivesse disposição despicienda – *verba cum effectu sunt accipienda*.

Resta evidenciado, desta sorte, não importar ofensa ao princípio da legalidade inclusive a imposição, veiculada por regulamento, de que alguém faça ou deixe de fazer algo, desde que isso decorra, isto é, venha, em virtude de lei. Note-se, ademais,

que, quando o Executivo expede regulamentos – ou, o Judiciário, regimentos –, não o faz no exercício de *delegação legislativa*.”

O Min. Eros Grau, nesse notável texto, preocupa-se sobretudo com o conteúdo normativo que podem ter os atos infralegais, matéria que aqui não se encontra em discussão, mas, de qualquer forma, a exposição é extremamente elucidativa acerca das hipóteses em que a Constituição de 1988 claramente exige a lei em sentido formal, não admitindo outras espécies normativas, como se verifica no caso da estrita legalidade em matéria penal.

Com tudo isso se demonstra, claramente, que costume não pode ser fonte de Direito Penal no Brasil para criar regras contra o investigado ou réu. A doutrina é absolutamente pacífica nesse ponto, restringindo muito a admissão do costume como fonte do Direito Penal, sobretudo quando, em qualquer hipótese, se revelar em detrimento da liberdade humana.

Diz Francisco de Assis Toledo em seus *Princípios básicos de Direito Penal*, 5ª edição, 9ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2001, páginas 25/26:

“*Lex scripta*” (*hipóteses de exclusão e de admissibilidade dos costumes*)

18. Da afirmação de que só a lei pode criar crimes e penas resulta, como corolário, a proibição da invocação do direito consuetudinário para a fundamentação ou a agravação da pena, como ocorreu no direito romano e medieval. Não se deve, entretanto, cometer o equívoco de supor que o direito costumeiro esteja totalmente abolido do âmbito penal. Tem ele grande importância para elucidação do conteúdo dos tipos. Além disso, quando opera como causa de exclusão da ilicitude (causa supralegal), de atenuação da pena ou da culpa, constitui verdadeira fonte do direito penal. Nessas hipóteses, como é óbvio, não se fere o princípio da legalidade por não se estar piorando, antes melhorando, a situação do agente do fato.

19. Note-se, porém, que a simples omissão da autoridade em reprimir determinados crimes ou contravenções não basta para revogar por *desuetudo* a

norma incriminadora penal. Nesse sentido recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, de que foi relator o autor desta obra, assim ementado: 'Penal. Contravenção do 'jogo do bicho'. Acórdão absolutório fundado na perda de eficácia da norma contravencional ('a conduta embora punível deixa de sê-lo socialmente'). Decisão que nega vigência ao art. 58, § 1º, 'b', do Decreto-Lei 6.259/44. Reconhece-se, em doutrina, que o costume, sempre que beneficie o cidadão, é fonte do Direito Penal. Não obstante, para nascimento do direito consuetudinário são exigíveis certos requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), não identificáveis com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades. A circunstância de o próprio Estado explorar jogos de azar não altera esse entendimento porque, no caso em exame, o que se pune é uma certa modalidade de jogo: a clandestina, proibida e não fiscalizada' (REsp. 2.202-SP, DJ, 2 abr. 1990, p. 2461)."

No mesmo sentido, a obra de Damásio E. de Jesus *Direito Penal*, 1º volume, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 1999, páginas 28/29:

"O costume pode criar delitos e determinar penas?

Não. Impede-o o princípio da reserva legal: não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. A conduta punível, positiva ou negativa, só pode resultar de um modelo legal, nunca de normas consuetudinárias. O costume não é fonte formal imediata e criadora de Direito Penal. Por mais nocivo que seja um fato ao senso moral da coletividade, será atípico se não estiver definido em lei como crime.

Não significa que o costume não possua qualquer valor em matéria penal. Como elemento de interpretação, tem validade no próprio campo das normas incriminadoras. Na realidade da vida os fatos descritos como crimes pelas leis variam de acordo com a região e o meio social. Assim, em certas figuras típicas o legislador insere determinadas expressões que ensejam a invocação do costume como elemento exegético. Ex.: 'reputação' (art. 139); 'dignidade e decoro' (art. 140); 'inexperiência' e 'justificável confiança' (art. 217); 'mulher honesta' (art. 219); 'ato obsceno' (art. 233);

'*objeto obsceno*' (art. 234). Nestes casos, é no costume que o intérprete encontra o significado do conceito. As elementares '*dignidade*' e '*decoro*' do crime de injúria variam conforme o local. Palavras que numa região são ofensivas à honra subjetiva, de acordo com o sentimento prevalente, não o são em outras. Às vezes há até um antagonismo: em certas regiões do país dar o nome de '*rapariga*' a uma mulher é injuriá-la; em outras, é lisonjeá-la. Ocorre que em certos locais o costume conceituou a expressão como meretriz, quando normalmente significa mulher moça. Nota-se, então, o valor do costume como elemento interpretativo, no sentido de determinar a validade cultural, social e ética do termo, apto a delimitar o seu conteúdo.

Qual o valor do costume em face das normas penais não incriminadoras?

A validade do direito consuetudinário nos domínios do Direito Penal se mostra iniludível no tocante às normas permissivas, ampliando a extensão das causas excludentes da antijuridicidade ou culpabilidade. Não impede sua eficácia o princípio da reserva. Este significa que não há conduta criminosa sem lei anterior, mas não que inexista causa de exclusão do injusto ou da culpabilidade sem lei. Além das causas excludentes previstas no *jus scriptum*, o costume, como fonte secundária ou formal mediata, pode criar outras."

Ainda, de Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, volume 1, 11^a edição, São Paulo, Atlas, 1996, páginas 44/45:

"O *costume* é uma regra de conduta praticada de modo geral, constante e uniforme, com a consciência de sua obrigatoriedade. Evidentemente, não se pode falar em criação ou revogação de crimes pelo costume, dado o princípio da legalidade. Não se pode negar, entretanto, sua influência na interpretação e na elaboração da lei penal. No primeiro caso, somente através do costume se poderá aquilatar o exato significado dos termos *honra*, *dignidade*, *decoro* (art. 140), *inexperiência* e *justificável confiança* (art. 217), *mulher honesta* (arts. 215 e 219), *meios de correção e disciplina* (art. 136), *ato obsceno* (art. 233) etc. A evolução dos costumes, por sua vez, tem levado ao reclamo da extinção ou modificação de tipos penais como o adultério (art. 240), a sedução (art. 217), o aborto (arts. 124 a 126) etc. Entretanto, mesmo

reconhecendo que o costume pode ser acolhido em benefício do cidadão, para seu nascimento são exigíveis seus requisitos essenciais (reconhecimento geral e vontade geral de que a norma costumeira atue como direito vigente), o que não se confunde com a mera tolerância ou omissão de algumas autoridades, motivo pelo qual não se pode alegá-lo, por exemplo, para deixar de reprimir o denominado 'jogo do bicho'."

Como se vê, não pode o costume estabelecer imprescritibilidade. Isso colide frontalmente com cláusula pétrea da Constituição de 1988 e, de modo geral, com uma das idéias que inspiram o princípio da estrita legalidade penal, qual seja a de dar ao indivíduo, com a clareza que somente normas legais escritas podem gerar, o pleno conhecimento das regras mais severas de convivência em sociedade, as regras de Direito Penal, que podem, inclusive, ocasionar medida de privação de liberdade. Admitir que o costume produza normas dessa natureza seria evidente fator de insegurança jurídica.

Assim, conclui-se que o crime aqui em exame realmente prescreveu. Reavivar a possibilidade de sua punição, admitindo uma imprescritibilidade que nunca existiu, em caráter retroativo, somente seria possível em processo revolucionário, com revogação da Constituição vigente por meio do exercício do poder constituinte originário, o qual, na perspetiva adotada que afasta posturas jusnaturalistas, tudo pode.

6. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabem, ainda, algumas considerações.

6.1. DO CARÁTER TÉCNICO DA PRESENTE MANIFESTAÇÃO

Este signatário entende necessário expressar que a presente manifestação, concluindo pela impossibilidade do início da persecução penal em relação ao homicídio praticado contra Vladimir Herzog, possui caráter exclusivamente técnico, uma vez que baseada somente no Direito Positivo e que, dos pontos de vista ôntico e mesmo epistemológico, não se vislumbra a possibilidade da demonstração efetiva da existência de um Direito Natural.

Como qualquer outro ser humano, este Procurador tem convicções políticas, de caráter, aliás, profundamente liberal e democrático. Lamenta que a liberdade de manifestação do pensamento tenha sido cerceada e que pessoas tenham sido torturadas em regime ditatorial há poucas décadas ocorrido no Brasil. Gostaria que, desde sua elaboração, o Brasil tivesse ratificado a convenção internacional que dispôs sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Entretanto, no âmbito de sua atuação profissional, cabe a este signatário trabalhar com o Direito Positivo, uma vez que sua alteração constitui atividade de índole legislativa para a qual não foi legitimamente eleito. A presente manifestação se faz, assim, em caráter exclusivamente técnico.

6.2. DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DO ARQUIVAMENTO CRIMINAL NO ÂMBITO INTERNO BRASILEIRO EM RELAÇÃO A OUTRAS PROVIDÊNCIAS

É certo que, em decorrência de todo o exposto, esta manifestação se restringe a concluir pela impossibilidade de punição do autor de homicídio contra Vladimir Herzog no âmbito de uma persecução penal a ser conduzida por órgãos internos brasileiros.

Não fica obstada, naturalmente, nenhuma via judicial cível referente ao mesmo fato.

Igualmente, continuam os órgãos internacionais de aplicação do Direito Internacional Público com plena competência para atuar nos seus respectivos âmbitos, o que hoje se estende inclusive à persecução penal, naturalmente dentro de regras próprias, que não cabe aqui examinar.

7. DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, no âmbito de sua independência funcional (artigo 127, parágrafo 1º, da Constituição da República), e respeitados os posicionamentos doutrinários contrários à presente manifestação, requer este Procurador Natural o **ARQUIVAMENTO** das presentes peças informativas, pela ocorrência de coisa julgada material ou, não adotado esse entendimento, pela consumação da prescrição da pretensão punitiva.

São Paulo, 12 de setembro de 2008.

FABIO ELIZEU GASPAR
Procurador da República