

Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil: análise da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

Jaime de Cassio Miranda

Procurador-Geral de Justiça Militar

Marcelo Kaiser Guimarães

Chefe da Assessoria Jurídica do PGJM

Karolyne Christina Queiroz Leite

Assessora Jurídica do PGJM

RESUMO: O Estado brasileiro foi declarado responsável, no dia 15 de março de 2018, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que julgou o Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil. Os fatos referem-se à morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida dentro do DOI-CODI, no dia 25 de outubro de 1975, sob a égide do regime militar. O presente artigo tem por objetivo o estudo do capítulo da sentença relativo à obrigação do Estado brasileiro de reiniciar a investigação e o processo penal, em tese, cabíveis, e busca identificar a justiça brasileira competente para eventual reinício da persecução penal, passando por indispensável análise histórica da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar. E, chegando no ponto focal da pesquisa, enfrenta-se a responsabilização penal dos agentes apontados na sentença em face dos institutos da anistia e da prescrição.

PALAVRAS-CHAVE: Caso Vladimir Herzog. CIDH. Sentença condenatória. Reinício da persecução penal. Competência interna. Justiça Militar da União. Ministério Público Militar. Responsabilização penal. Lei da Anistia. Prescrição.

ENGLISH

TITLE: Case Vladimir Herzog and others *vs.* Brazil: Analysis of the sentence passed by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR).

ABSTRACT: The Brazilian State was sentenced on March 15, 2018 by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), which adjudicated the Vladimir Herzog case and others *vs.* Brazil. The facts refer to the death of the journalist Vladimir Herzog, which took place within the DOI-CODI, on October 25, 1975, under the aegis of the military regime. The purpose of this article is to study the chapter of the sentence regarding the obligation of the Brazilian State to reopen the investigation and the criminal procedure and identify the Brazilian justice competent for eventual resumption of criminal prosecution. It also intends to present a history of the Federal Military Justice and of the Military Public Prosecution and to analyze the criminal responsibility of the agents before the institutes of amnesty and the statute of limitation.

KEYWORDS: Vladimir Herzog case. IACHR. Sentence. Resumption of criminal prosecution. Internal competence. Military Public Prosecution. Criminal responsibility. Amnesty Law. Statute of limitation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da Competência da Justiça Militar da União no Caso Vladimir Herzog – 3 Da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar na época dos fatos e na atualidade – 4 Da responsabilização penal dos agentes – 5 Da Lei da Anistia – 6 Da prescrição da pretensão punitiva – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em 15 de março de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) julgou o Caso Vladimir Herzog e outros *vs.* Brasil, proferindo Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, da qual notificou o Estado brasileiro, em 4 de julho de 2018, da sua responsabilidade.

Trata-se de decreto condenatório que “se refere à suposta responsabilidade internacional do Estado [brasileiro] pela situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista (...), ocorridas em 25 de outubro de 1975, durante a ditadura militar”.

Em síntese, quanto à parcela da sentença que interessa ao sistema criminal brasileiro, a Corte declarou que:

3. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, e em relação aos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil, bem como pela aplicação da Lei de Anistia N.º 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade, nos termos dos parágrafos 208 a 312 da presente Sentença. (destacou-se)

Assim, dispôs que:

7. O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog, em atenção ao caráter de crime contra a humanidade desses fatos e às respectivas consequências jurídicas para o Direito Internacional, nos termos dos parágrafos 371 e 372 da presente Sentença. Em especial, o Estado deverá observar as normas e requisitos estabelecidos no parágrafo 372 da presente Sentença. (destacou-se)

O parágrafo 372 da sentença estabelece que o Estado brasileiro deverá:

a) realizar as investigações pertinentes, levando em conta o padrão de violações de direitos humanos existente na época (par. 238 a 240 supra), com o objetivo de que o processo e as investigações pertinentes sejam conduzidos em consideração à complexidade desses fatos e ao contexto em que ocorreram;

b) determinar os autores materiais e intelectuais da tortura e morte de Vladimir Herzog. Além disso, por se tratar de um crime contra a humanidade, o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade, para escusar-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 260 a 310 desta Sentença;

c) assegurar-se de que:

I) as autoridades competentes realizem as investigações respectivas *ex officio*, e que, para esse efeito, tenham a seu alcance e utilizem todos os recursos logísticos e científicos necessários para coletar e processar as provas e que, em especial, tenham a faculdade de acessar a documentação e as informações pertinentes para investigar os fatos denunciados e levar a cabo, com presteza, as ações e averiguações essenciais para esclarecer o sucedido à pessoa morta e aos desaparecidos do presente caso;

II) as pessoas que participem da investigação, entre elas os familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça, contem com as devidas garantias de segurança; e

III) as autoridades se abstenham de obstruir o processo investigativo.

d) assegurar o pleno acesso e capacidade de agir das vítimas e seus familiares, em todas as etapas dessas investigações, de acordo com a legislação interna e as normas da Convenção Americana; e

e) garantir que as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária.

Com a notificação do Brasil pela Secretaria da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Procuradoria-Geral da União elaborou parecer técnico a partir da análise da sentença condenatória, no qual defendeu teses bastante controvertidas, como a exigibilidade da sentença internacional, o caráter de crime contra a humanidade, imprescritibilidade e a inaplicabilidade da Lei da Anistia (Parecer 00298/2018/PGU/AGU).

E é sobre essas controvérsias jurídicas que circundam o Caso Vladimir Herzog, destacadas na sentença internacional e no parecer da Procuradoria-Geral da União, que o presente artigo ocupar-se-á, trazendo um olhar na perspectiva do Ministério Público Militar e fornecendo subsídios teóricos e práticos para uma abalizada “segunda opinião”.

2 DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO NO CASO VLADIMIR HERZOG

A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ressalta que “Os fatos descritos não deixam dúvidas quanto a que a detenção, tortura e assassinato de Vladimir Herzog foram, efetivamente, cometidos por agentes estatais pertencentes ao DOI/CODI [Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna] do II Exército de São Paulo”.

E, apesar de determinar, no parágrafo 372, alínea *e*, que “as investigações e processos pelos fatos do presente caso se mantenham, em todo momento, sob conhecimento da jurisdição ordinária”, é forçoso concluir, como destacou a Procuradoria-Geral da União ao remeter o feito ao Ministério Público Militar, que o processo e julgamento de crimes em tese cometidos contra Vladimir Herzog, inclusive o de homicídio, por força do que dispõem a alínea *b* do inciso II do art. 9º e seu § 2º, com a redação dada pela Lei 13.491/2017, são de competência da Justiça Militar da União.

O que se percebe é que ressalvas como a que foi feita pelo parágrafo 372, alínea *e*, da sentença em exame, a rigor, e com as devidas vênias ao entendimento da CIDH, derivam de uma visão deturpada do que de fato é e representa a Justiça Militar brasileira e da desconsideração de que o contexto em que praticados os crimes à época e em que apurados os fatos não mais subsiste no âmbito das Forças Armadas, na Justiça Castrense e no Ministério Público Militar, conforme expõe-se a seguir.

3 DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NA ÉPOCA DOS FATOS E NA ATUALIDADE

As condições históricas que remontam à data dos fatos, 25 de outubro de 1975, ou ainda à data em que arquivado o Inquérito Policial Militar 1.173/1975, referente às “circunstâncias do suicídio do jornalista Vladimir Herzog”, são bem distintas das contemporâneas à prolação da sentença pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Naquela época, o Brasil vivenciava um regime militar, de modo que a Justiça Militar, embora vocacionada historicamente ao processamento e julgamento de crimes militares, passou a julgar também crimes de atentado contra a segurança nacional e contra a probidade administrativa. Foram, ainda, “suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo”, por força do art. 6º do Ato Institucional 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968.

Com isso, o Presidente da República poderia, “mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo”, consoante previsão do § 1º do mesmo dispositivo do AI-5, que, a propósito, vigeu até dezembro de 1978, demarcando o período mais duro do regime militar.

Com a instauração da nova ordem constitucional, encetada pela promulgação da Constituição da República de 1988, em 5 de outubro de 1988, não obstante a Justiça Militar ter permanecido com a mesma estrutura do período do regime militar, houve a ampliação das garantias e prerrogativas dos juízes e dos membros do Ministério Público Militar, fortalecendo a imparcialidade e a independência das instituições em prol da realização da justiça.

Desde então, a submissão de militares à Justiça Castrense constitui garantia de que suas ações sejam apreciadas e julgadas por ramo do Poder Judiciário pátrio criado pelo poder constituinte originário justamente para cuidar de matérias dessa natureza, jamais podendo ser vista como a fixação de um “foro privilegiado”.

Na verdade, vê-se comum o desconhecimento do funcionamento, da estrutura e da composição da Justiça Militar da União, que é o ramo do Poder Judiciário responsável pela composição das lides penais militares. Ignora-se, em críticas descabidas, e muitas vezes até de forma proposital, que desse ramo também se exige, naturalmente, o respeito a todas as garantias previstas no art. 5º da Constituição da República e, em especial, à publicidade dos julgamentos, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, bem como ao duplo grau de jurisdição.

E, a respeito do sistema de escabinato, sobre o qual foi erguida a Justiça Militar, cumpre destacar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 115.530/PR, da relatoria do Ministro Luiz Fux, em 25 de maio de 2013, reconheceu sua constitucionalidade:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DE USO E POSSE DE ENTORPECENTE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290). ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA ORGANIZAÇÃO DA JUSTIÇA PENAL MILITAR (LEI N. 8.457/92). IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE GARANTIAS PRÓPRIAS E IDÔNEAS À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR. SIMETRIA CONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CRIMINOSO. COMPROVAÇÃO DO ILÍCITO POR LAUDO PERICIAL SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO. VALIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 361 DO STF. PERITO OFICIAL. PRECEDENTES. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528). ORDEM CONCEDIDA.

1. A Lei nº 8.457/92, ao organizar a Justiça Militar da União criando os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) e confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal, não viola a Constituição da República ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), porquanto assegura a seus respectivos membros garantias funcionais idôneas à imparcialidade do ofício judicante, ainda que distintas daquelas atribuídas à magistratura civil.

2. O Enunciado nº 361 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Supremo Tribunal Federal não é aplicável aos peritos oficiais, de sorte que, na espécie, exsurge válido o laudo pericial assinado por um só perito da Polícia Federal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: HC 95595, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010. HC 72921, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 21/11/1995).
3. O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, sendo certo que tal prática, benéfica à defesa, deve prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput). Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011).
4. *In casu*, o Conselho Permanente de Justiça para o Exército (5ª CJM) rejeitou, 27/02/2012, o requerimento da defesa quanto à realização do interrogatório do paciente ao final da sessão de julgamento, negando aplicação do art. 400 do Código de Processo Penal, o que contraria a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
5. Ordem de *habeas corpus* concedida para anular os atos processuais praticados após o indeferimento do pleito defensivo e permitir o interrogatório do paciente antes da sessão de julgamento, com aplicação subsidiária das regras previstas na Lei nº 11.719/08 ao rito ordinário castrense.

Colhe-se do inteiro teor do julgado o seguinte:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Inicialmente, rejeito a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 8.457/92, que, ao organizar a Justiça Militar da União, criou os Conselhos de Justiça (art. 1º c/c art. 16) confiando-lhes a missão de prestar jurisdição criminal militar, sem, no entanto, assegurar a seus respectivos membros garantias funcionais idênticas às da magistratura civil. Entendo que a independência dos juízes militares é assegurada, na hipótese, por mecanismos diversos e peculiares, porém igualmente idôneos a promover a isenção necessária ao escorreito ofício judicante. Cito, ilustrativamente, o próprio critério de sorteio

como mecanismo para a definição dos militares que ocuparão o cargo julgador (*ex vi* do art. 18 da Lei nº 8.457/92), a *vitaliciedade* que lhes é assegurada pelo mesmo dispositivo legal, bem como o imperativo de que, no exercício de suas atribuições, “o juiz não deverá obediência senão, nos termos legais, à autoridade judiciária que lhe é superior” (art. 36, §2º, da Lei nº 8.457/92).

Reforça o ponto o bem-lançado argumento do MPF quanto à *simetria constitucional* do modelo erigido pelo legislador ordinário. Transcrevo o raciocínio na íntegra:

“De outra senda, o paralelo entre a formação do aludido Conselho (art. 16, b, Lei n.º 8.457/1992) e o dispositivo constitucional que define a composição do Superior Tribunal Militar revela que, ao organizar a Justiça Militar da União, o legislador ordinário atendeu ao princípio da simetria constitucional, pois, assim como na composição do Conselho, o Superior Tribunal castrense é formado, à razão de dois terços, por oficiais das Forças Armadas. Senão, vejamos:

‘Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.’ (grifos no original).

Por essas razões, não vislumbro qualquer inconstitucionalidade da Lei nº 8.457/92 e, portanto, indefiro o primeiro pedido veiculado na impetração.

Ressalta-se que a Justiça Militar da União, com assento constitucional (arts. 122 a 124), diferentemente do que ocorre em muitos outros países, é um órgão civil e integrante do Poder Judiciário, instituído em caráter permanente e regular. Com isso, é determinante afirmar que não configura um tribunal de exceção ou uma corte marcial submetida às instituições militares, tampouco se enquadra no conceito de “foro privilegiado”, como se fosse uma “justiça dos militares”.

A composição da Justiça Militar no Brasil, tanto estadual quanto federal, tem natureza mista, formada por juízes civis de carreira, aprovados por concurso público, e por juízes militares. Assim como os demais ramos do Poder Judiciário no Brasil, a Justiça Militar dispõe de Corregedorias e de Ouvidorias para acesso

direto da sociedade, além de estar sujeita a um controle externo, que é exercido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A defesa dos réus também é exercida por civis, defensores públicos ou advogados constituídos.

Aos Juízes togados são conferidas todas as garantias previstas no art. 95 da Constituição da República, aplicando-se-lhes as mesmas vedações que são impostas a todos os membros do Poder Judiciário brasileiro.

A seu turno, os Juízes militares, que integram os Conselhos Permanente e Especial de Justiça, são sorteados entre oficiais de carreira, “com vitaliciedade assegurada”, nos termos do art. 18 da Lei 8.457/1992, sendo substituídos apenas nas hipóteses previstas no art. 31 desse diploma legal. Aliás, a vitaliciedade dos oficiais das Forças Armadas é um imperativo constitucional, na medida em que somente perderão o posto “por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra” (art. 142, § 3º, VI, da CRFB/1988).

Como órgão de acusação no sistema judiciário penal militar, figura igualmente uma instituição permanente e de natureza civil, o Ministério Público Militar, previsto constitucionalmente (art. 128, I, c, da CRFB/1988), constituído sob os princípios insculpidos no art. 127 da Constituição e integrado por membros que ingressam em seus quadros por concurso público de provas e títulos e que contam com as garantias e vedações comuns aos demais membros do Ministério Público brasileiro.

Convém destacar, outrossim, que a Subcomissão de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) realizou estudos sobre a administração das Justiças Militares, por meio de grupo dirigido por Emmanuel Decaux.

Nesse trabalho, foram elencados vinte princípios que deveriam ser observados para o funcionamento das Justiças Militares, dos quais se destacam: (a) a Justiça Militar deve ter sua origem na Constituição e integrar o sistema judiciário; (b) garantia do devido processo legal e observância das normas e procedimentos reconhecidos pelo Direito Internacional, mesmo em períodos de exceção ou na situação de catástrofe natural ou de um perigo público excepcional; (c) a publicidade como regra e não o segredo de justiça; (d) as

medidas cautelares restritivas de liberdade não podem ser secretas, tanto quanto à identidade das pessoas como ao local da detenção; (e) garantia do exercício do *habeas corpus* a todos aqueles privados de liberdade; (f) existência de um Tribunal competente, independente e imparcial, vedada, em todo caso, a atuação de “juízes sem rosto” ou de promotores secretos; (g) acesso ao processo pelas vítimas; (h) direito a recursos a tribunais comuns; (i) proibição da pena de morte; e (j) revisões periódicas da legislação penal castrense.¹

Desses princípios, praticamente todos são atendidos pela Justiça Militar brasileira.

No mesmo sentido, o Ministro do Superior Tribunal Militar Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, ao comentar os resultados do Seminário Internacional realizado pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, no Palácio do Itamaraty, em Brasília/DF, para debater a aplicação do direito penal militar, asseverou:

Hoje, é opinião assente que a Justiça Militar da União, no Brasil, funciona a partir de regras internacionalmente reconhecidas, assegura a igualdade de todos perante a lei, respeita os princípios do Estado Democrático de Direito e observa os direitos humanos.²

Por tudo isso, é imperativo concluir que a Justiça Militar atende às prescrições constantes da Declaração Universal de Direitos Civis e Políticos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, especificamente àquelas que garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

¹ MARTIN-CHENUT, Kathin. Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional. *Revista Direito Militar*, n. 73, set/out, 2008, pp. 15-18.

² BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. *Dois Séculos de Justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil*. São Paulo: Lettera.doc, 2010, pp. 65-66.

4 DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DOS AGENTES

Embora competente a Justiça Militar da União, portanto, para conhecer dos fatos, e presente, assim, a atribuição do Ministério Público Militar para promover a persecução penal, a responsabilização dos agentes envolvidos encontra dois óbices intransponíveis: os institutos da *anistia penal*, prevista no art. 107, II, e da *prescrição*, prevista no art. 107, IV, c/c art. 109, todos do Código Penal comum.

Trata-se de causas de extinção da punibilidade, as quais, uma vez implementadas, retiram do Estado o seu poder punitivo, cessando, portanto, os efeitos penais da conduta do agente.

5 DA LEI DA ANISTIA

O instituto da anistia, como causa extintiva da punibilidade, atinge todos os efeitos penais advindos da prática do crime e se materializa no ato legislativo pelo qual o Estado renuncia ao poder de punir, fundamentado na necessidade ou em conveniência política. Apaga-se o passado, perdoam-se os autores de fatos puníveis e esquecem-se as ofensas.

A clemência é o móvel geral do Poder Estatal quanto a sua decisão de abrir mão da persecução penal ou de extinguir as penas já aplicadas. Na análise do caso concreto, vê-se a anistia intrinsecamente ligada a uma política de transição, haja vista o contexto histórico de migração do regime militar para o restabelecimento do Estado Democrático de Direito.

Em 28 de agosto de 1979, durante esse período de transição para o regime democrático, foi sancionada pelo então Presidente João Baptista Figueiredo a Lei 6.683, anistiando “a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares” (art. 1º, *caput*).

Com efeito, a lei concedeu anistia aos crimes políticos ou praticados por motivação política, estendendo-a aos crimes conexos de qualquer natureza (art. 1º, § 1º), ficando de fora, por expressa ressalva na lei, apenas os “crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal” (art. 1º, § 2º).

A anistia concedida pela Lei 6.683/1979 possui caráter bilateral e tem incidência ampla e geral. Com isso, ao mesmo tempo em que beneficiou de imediato quase cinco mil pessoas processadas durante o regime militar e permitiu a volta dos exilados políticos, a lei anistiou os agentes do Estado que teriam incorrido em práticas repressivas e de tortura.

E, apesar de ter tido sua constitucionalidade questionada, a Lei da Anistia teve sua conformidade com a Constituição da República de 1988 reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, por maioria, improcedente a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, por decisão assim ementada:

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA “LEI DE ANISTIA”. ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E “AUTO-ANISTIA”. INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

1. (...)

2. O argumento descolado da dignidade da pessoa humana para afirmar a invalidade da conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que praticaram crimes comuns contra opositores políticos, presos ou não, durante o regime militar, não prospera.

3. Conceito e definição de “crime político” pela Lei n. 6.683/79. São crimes conexos aos crimes políticos “os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política”; podem ser de “qualquer natureza”, mas [I] hão de terem estado relacionados com os crimes políticos ou [II] hão de terem sido praticados por motivação política; são crimes outros que não políticos; são crimes comuns, porém [I] relacionados com os crimes políticos ou [II] praticados por motivação política. A expressão crimes conexos a crimes políticos conota sentido a ser sindicado no momento histórico da sanção da lei. A chamada Lei de anistia diz com uma conexão *sui generis*, própria ao momento histórico da transição para a democracia. Ignora, no contexto da Lei n. 6.683/79, o sentido ou os sentidos correntes, na doutrina, da chamada conexão criminal; refere o que “se procurou”, segundo a inicial, vale dizer, estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão.

4. A lei estendeu a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; daí o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados --- e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou --- pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

5. O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas leis-medida (*Massnahmegesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia

tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. Exatamente aquela na qual, como afirma inicial, “se procurou” [*sic*] estender a anistia criminal de natureza política aos agentes do Estado encarregados da repressão. A chamada Lei da anistia veicula uma decisão política assumida naquele momento --- o momento da transição conciliada de 1979. A Lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade no momento em que foi conquistada.

6. A Lei n. 6.683/79 precede a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes --- adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 --- e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura; e o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição --- que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes --- não alcança, por impossibilidade lógica, anistias anteriormente a sua vigência consumada. A Constituição não afeta leis-medida que a tenham precedido.

7. No Estado democrático de direito o Poder Judiciário não está autorizado a alterar, a dar outra redação, diversa da nele contemplada, a texto normativo. Pode, a partir dele, produzir distintas normas. Mas nem mesmo o Supremo Tribunal Federal está autorizado a rescrever leis de anistia.

8. Revisão de lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá --- ou não --- de ser feita pelo Poder Legislativo, não pelo Poder Judiciário.

9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n. 26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como abrogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicção do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas

em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade --- totalidade que o novo sistema normativo é --- tem-se que “[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos” praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988.

10. Impõe-se o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.

(Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, publicado em 06/08/2010, destacou-se)

O que foi decidido nesse julgamento vem sendo reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos anos, citando-se, a título de exemplo, as decisões proferidas nas Reclamações 18.686 MC/RJ, 19.760 MC/SP e 22.616 MC/SP.

Ainda nesse sentido, é de se ressaltar que o Inquérito Policial 704/1992, instaurado pela Polícia Civil do Estado de São Paulo para apurar as circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, foi trancado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao conceder a ordem no *Habeas Corpus* 131.798-3, ao fundamento de que os fatos foram anistiados. A decisão foi mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ao desprover o Recurso Especial 33.782-7, o que permitiu manifestações posteriores no sentido de que a matéria já estaria coberta pelo manto da coisa julgada material.

Ao apreciar caso análogo, e referente ao mesmo contexto histórico do de Vladimir Herzog, a Juíza Federal Substituta Andréia Moruzzi, da 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, na Representação Criminal 0013000-02.2018.4.03.6181, rejeitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o Delegado de Polícia Josecir Cuoco pela suposta prática do homicídio de Olavo Hanssen, em abril de 1970, e contra o Procurador do Ministério Público Militar Durval Ayrton Moura de Araújo e o então Juiz-Auditor Nelson da Silva

Machado Guimarães por prevaricação, em razão do arquivamento do IPM que apurava a morte de Olavo Hanssen, em tese acobertando o delito cometido pelo primeiro denunciado.

Embora fundamenta a competência da Justiça Federal para processar os fatos com base na alteração do Código Penal Militar promovida pela Lei 9.299/1996, reconhecendo expressamente que o Delegado de Polícia acusado cometeu o delito “a mando do Exército Brasileiro” e em “estabelecimento (...) sob o comando de membro do Exército Brasileiro no exercício de suas funções”, a decisão omite a recente alteração da Lei 13.491/2017, que restituiu à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar o crime doloso contra a vida de civil cometido por integrante das Forças Armadas no exercício de atividade de natureza militar.

Ainda assim, merecem destaque os fundamentos da decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, sob análise, em razão do reconhecimento de que os fatos nela narrados “foram anistiados”:

(...) Primeiramente, sobre o alegado “caráter sistemático e generalizado dos ataques cometidos por agentes da ditadura militar contra a população brasileira”, tal argumento não se sustenta para o fim pretendido, ou seja, para afastar a extinção da punibilidade dos fatos, ao se caracterizar o fato como crime de lesa-humanidade. Encontramos, com muito mais propriedade, um exemplo de ataque generalizado à população, com a certeza de se estar diante de um autêntico crime de lesa-humanidade, no genocídio ocorrido em Ruanda em 1994, onde as estatísticas apontam o extermínio, em alguns meses, de centenas de milhares de pessoas, variando os números entre 500 mil e 1 milhão de vítimas. Outro exemplo é o chamado genocídio armênio, ocorrido no início do século passado, para o qual se aponta a ocorrência de 600.000 a 1.800.000 vítimas. E se nos restringirmos apenas ao número de pessoas mortas, o que dizer de um dado estatístico que aponta a morte de mais de 62 mil pessoas no Brasil durante o ano de 2016? Tal cifra indica a grande violência e medo com que a população tem de aprender a conviver nos tempos presentes. Estaríamos, então, diante de uma situação análoga à de uma guerra? E quais as providências que o Estado brasileiro deve tomar para fazer cessar esse mal? Há risco de o Brasil ser responsabilizado em âmbito internacional à conta de tal dado estatístico, já que o compromisso assumido é de pro-

teger e assegurar a vida do ser humano? Poderia o popular leigo, de mediano conhecimento, afirmar que é bem mais “perigoso” viver nos dias atuais do que na época do regime de exceção? Tais provocações têm a mera finalidade de proporcionar uma reflexão mais detida e contextualmente mais ampla sobre o tema. Existe, portanto, uma distância muito expressiva entre essa suposta “vitória” do regime de exceção e a afirmação de que havia “ataques generalizados contra a população brasileira”: não se pode dizer que a repressão a opositores do regime de exceção, por mais dura que tenha sido, tenha se estendido à grande massa da população brasileira. O argumento peca pelo caráter hiperbólico e não é suficiente para os fins pretendidos.

Sobre a influência do direito internacional, essa recente decisão da Justiça Federal rechaça a incidência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) sobre o homicídio denunciado pelo Ministério Público Federal, o qual, assim como o de Vladimir Herzog, remonta à década de 1970.

Isso porque, em relação ao marco inicial da sujeição do Brasil à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que concerne à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a decisão cita dezembro de 1998. Trata-se de referência ao termo inicial previsto no Decreto 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da CIDH, para conhecer e julgar “fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998” (art. 1º).

Confira-se, nesse ponto, a fundamentação da rejeição da denúncia:

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”, foi assinada em 22/11/1969 e entrou em vigor apenas em 18/07/1978, conforme o artigo 74.2 da própria Convenção, bem como que a adesão pelo Brasil se deu através do Decreto n. 678, de 06/11/1992, publicado em 08/11/1992 e depositado em 25/09/1992. Mais de duas décadas após a prática do fato narrado na denúncia. Pois bem. Dentre os diversos princípios que regem o Direito Internacional Público, vale mencionar o da independência nacional, que se reflete na soberania em sentido amplo, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos Estados, o da igualdade de Estados, o da prevalência

da paz, o da busca da solução consensual para os conflitos, da cooperação entre os povos, entre outros.

Sendo assim, descabe cogitar a aplicação retroativa das disposições e diretivas de direito internacional que pretendam invalidar, direta ou indiretamente, a aplicação da Lei nº 6.683/79. Defender tal entendimento contraria, sim e frontalmente, o dispositivo de decisão do Supremo Tribunal Federal (ADPF nº 153) (...)

Por outro lado, acolher a promoção ministerial e receber a denúncia também implicaria retroagir no tempo para atingir o passado, já que à época dos fatos o Brasil ainda não estava vinculado às invocadas disposições e diretivas de direito internacional público. (...) Com efeito, a ordem jurídica interna brasileira prestigia, entre outros princípios de caráter geral, o denominado *tempus regit actum*. Tal princípio é igualmente caro ao direito brasileiro e tem diversas derivações, reflexos e correlações na ordem interna. Lembre-se, pois, da irretroatividade da lei penal mais gravosa, da ultratividade de lei penal mais benéfica, da proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, entre outros. É certo, pois, que o direito, internacional ou interno, deve sempre operar em prol da segurança jurídica, que confere estabilidade e clareza de regras às relações jurídicas, sociais e internacionais. Qualquer alteração expressiva de rota que seja estabelecida, em relação ao que está sepultado no passado, deve ser vista com extrema cautela, sob pena de prestigiar justamente aquilo que o direito deve proscrever, a insegurança jurídica e, por consequência, a instabilidade e imprevisibilidade das relações jurídicas, sociais e internacionais. Não se nega a relevância das disposições e diretivas de direito internacional, invocadas pelo órgão ministerial; de fato, a partir de sua inserção no sistema jurídico interno, devem ser obedecidas, mas direcionadas às situações que ocorrerem após esse marco; ou seja: destinam-se a salvaguardar o futuro com base naquilo que se verificou no passado e que se quer evitar. Como é cediço, a República Federativa do Brasil, de maneira soberana e juridicamente válida, submeteu-se a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos somente a partir de dezembro de 1998, mediante convergência dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, deve a República Federativa do Brasil cumprir a decisão da Corte em todo caso no qual for parte, a partir da data de seu ingresso. Com efeito, o presente caso trata de fatos supostamente ocorridos há 48 anos! Ou seja, 28 anos antes da subsunção do país à Corte Interamericana. (...)

(...) é preciso que o intérprete volte os olhos àquilo que certamente constitui uma das finalidades maiores do direito, a pacificação social com Justiça, que se alcança, entre outros, com a segurança

jurídica, conforme acima exposto; o oposto disso é a instabilidade de regras e a insegurança nas instituições.

6 DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA

Ainda que se superasse o primeiro óbice (anistia), é irrefutável a incidência da prescrição da pretensão punitiva com relação aos crimes de que fora vítima Vladimir Herzog.

Apesar de a CIDH ter declarado que os delitos que permeiam, em tese, a morte de Vladimir Herzog configuram violações a direitos humanos, a fim de emprestar-lhes o caráter de imprescritibilidade, o ordenamento jurídico brasileiro não lhes confere essa característica, haja vista que os crimes de homicídio qualificado, lesões corporais, perigo para a vida ou saúde de outrem, omissão de socorro, maus-tratos, os quais integram o rol de crimes aventado na sentença da Corte, não estão previstos como imprescritíveis no direito interno.

A propósito, a discussão sobre a configuração de crime contra a humanidade e sua análise nos planos internacional e interno já chegou a ser enfrentada pela Justiça Federal brasileira, na decisão exarada pela 1ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, no Procedimento Investigatório do MP 13434-40.2008.4.03.6181, que arquivou, a pedido do Ministério Público Federal, o inquérito policial que apurou justamente os fatos ocorridos no dia 25 de outubro de 1975, nas dependências do DOI/CODI, em São Paulo, que culminaram na morte de Vladimir Herzog.

Confira-se os seguintes excertos da decisão considerados mais relevantes:

3. Crimes contra a humanidade – definição no Direito Internacional e existência no âmbito interno.

Iniciando pela definição de natureza formal, pode-se considerar que a única norma em vigor no plano internacional a respeito do tema é aquela contida na Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, vigente a partir de 11 de novembro de 1970, uma vez que o relatório da Comissão de Direito Internacional, criada para identificar os princípios de Direito Internacional reconhecidos

no estatuto do Tribunal de Nuremberg e definir quais seriam aqueles delitos, nunca chegou a ser posto em votação.

Desse modo, pode-se concluir que a discussão a respeito da necessidade de existência de conexão dos atos praticados com crime de guerra ou contra a paz para caracterização dos delitos se torna despidianda para análise da legislação formal atinente ao tema, tendo em vista que tal requisito, previsto no conceito elaborado pela mencionada comissão, não foi mantido pela convenção aprovada pela Assembleia.

Esta última conceituou como crimes contra a humanidade aqueles definidos no estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 08 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 03 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro e 11 de dezembro de 1946, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz. Declarou, ainda, que tais crimes são imprescritíveis. Referida convenção, todavia, não foi ratificada pelo Brasil, não obstante tenha sido aberta para adesões já no ano de 1968.

Poder-se-ia argumentar que tal omissão decorreu da própria vigência, à época, do regime militar, uma vez que as autoridades deste não teriam interesse em incorporar ao direito interno norma que pudesse culminar na punição de atos criminosos decorrentes da própria ditadura a que o país estava submetido.

A omissão em tela, contudo, permaneceu mesmo após o fim do referido regime, fato ocorrido em 1988 e que coincide com a entrada em vigor da atual Constituição Federal. Passados mais de vinte anos desde aquela data, não se pode sequer cogitar da tese de que a ratificação não teria ocorrido porque as instituições estatais nacionais ainda se ressentem da necessidade de adaptação à ordem democrática em vigor, especialmente em se considerando que a maioria dos países do chamado “primeiro mundo” (que sequer chegaram a sofrer as vicissitudes do totalitarismo) também não aderiram à Convenção, como bem ressaltado pelo Procurador da República em sua manifestação.

Sob outra ótica, não tendo havido a ratificação, é de se reconhecer que sequer se iniciou o processo de internalização do texto da convenção ao ordenamento jurídico nacional, de sorte que se torna inócuo, também, tecer considerações sobre quais são os atos do Poder Executivo e do Poder Legislativo que devem ser praticados para que a regra tenha plena eficácia ou, ainda, qual o *status* com que a mesma ingressaria no sistema.

No que tange à necessidade da referida internalização para que norma de direito internacional possa vigor no direito pátrio, reporto-me aos argumentos e ponderações expendidas pelo Procurador da República subscritor da promoção, a qual, pelo

brilhantismo com que foi exarada, poderia ser simplesmente adotada por esse Juízo como razão de decidir, independentemente de maiores considerações.

Superada a análise da legislação formal que trata do tema, resta averiguar se eventual norma consuetudinária internacional concernente aos crimes em comento se aplica ao direito brasileiro e, ainda, se aludida norma realmente existe. Tenho que a resposta é negativa.

Explico:

Em primeiro lugar, saliento que a criação de crimes se sujeita, diante da atual Constituição, ao princípio da reserva legal ou da estrita legalidade, segundo o qual somente a lei em sentido estrito (leia-se: lei ordinária, lei complementar e emenda à Constituição) pode definir delitos, cominando-lhes as respectivas penas (art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, e art. 1º, do Código Penal).

Conclui-se, a contrário sensu, que as espécies legislativas arroladas no art. 59, incisos IV a VII, do Texto Maior, não são instrumentos formais aptos para criação de novas infrações.

Tal mandamento está em consonância com o próprio caráter de reservadas normas penais incriminadoras, a serem utilizadas apenas nos casos mais extremos, que demanda a necessidade de terem sido submetidas, para sua entrada em vigor, a um processo legislativo mais elaborado e minucioso que o das regras citadas no parágrafo anterior.

Se, no ordenamento pátrio em vigor, não se admite criação de crime por lei delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução, com muito maior razão não se pode concordar que um costume possa ser utilizado para tal fim, por mais consolidado que aquele esteja.

Nesse ponto, considero que a fluidez característica da norma costumeira é incompatível com a definição de uma figura criminosa, razão pela qual faz-se necessária, para atribuir validade cogente àquela, seja a mesma declarada por tratado ou convenção, até mesmo para impedir que seus termos sejam submetidos a interpretações cada vez mais elásticas e extensivas, as quais, protegidas pela justificativa de impedir impunidade, acabariam por gerar um vício ainda pior, qual seja: a arbitrariedade.

De qualquer forma, na hipótese em apreço, é de se reconhecer que, se existe costume internacional acerca do tema, este é o de punir criminosos contra a humanidade logo após a prática dos delitos (que normalmente coincide com períodos de guerra externa ou civil), tarefa da qual são encarregados tribunais, também internacionais, criados para tal fim, costume este que já era aplicado quando da ocorrência dos fatos narrados nas peças de informação.

Passo a reproduzir, abaixo, trecho da bem lançada promoção ministerial de fls. 02/50:

“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 admita, 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 EM 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 (Sic), 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.”

[Em] face do exposto, tenho que não é cabível a pretensão de subsumir a conduta narrada nas peças de informação ao chamado delito contra a humanidade, por não possuir aquela tipificação válida no ordenamento jurídico em vigor no território pátrio.

Sobre a incidência da prescrição da pretensão punitiva no caso Vladimir Herzog, o Juízo Federal em foco consigna, ao final, a prescritibilidade dos delitos indigitados:

4. Prescrição.

Fixadas as premissas acima, tenho que os fatos cujo estudo deram ensejo à representação formulada ao Procurador da República se amoldam à figura típica prevista no art. 121, 2º, do Código Penal. Não há que se falar, na presente hipótese, na caracterização do genocídio, crime previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 2889/56, uma vez que ausente o elemento subjetivo consistente na intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

De qualquer forma, ainda que se reconhecesse a existência deste último delito, a pena máxima aplicada seria a do já citado art. 121, 2º, do Código Penal, ou seja, trinta anos de reclusão.

Referida sanção, consoante disposição prevista no art. 109, I, do mesmo diploma legal, prescreve em vinte anos, lapso de tempo já decorrido, mesmo que se iniciasse a contagem em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da garantista Carta Magna em vigor.

Procedendo-se à contagem em estrita obediência a norma do art. 111, I, do Estatuto Repressivo, passaram-se mais de trinta e três anos, tempo superior ao da própria pena máxima fixada abstratamente para o homicídio.

Ressalto, por oportuno, que, tanto o homicídio, como o genocídio, ou mesmo a tortura (que, de qualquer forma, não poderia ensejar incriminação, uma vez que a lei que a definiu como delito

é posterior a 1975), não são infrações imprescritíveis diante da Constituição e demais normas do ordenamento em vigor.³

Diante do todo o exposto, considero que, por qualquer dos ângulos que se analise a questão, não é cabível o prosseguimento da persecução criminal, razão pela qual determino o arquivamento dos presentes autos, observadas as formalidades legais. (...)

Portanto, passados 43 anos da morte de Vladimir Herzog (25 de outubro de 1975), e considerando que o maior prazo prescricional previsto na legislação penal brasileira é de 20 anos (para o delito de homicídio), é inarredável a conclusão de que os fatos estão cobertos por essa causa extintiva da punibilidade.

A prescrição é uma das mais caras e antigas garantias do indivíduo frente ao direito de punir do Estado, havendo um conjunto de teorias fundamentadoras que tentam explicar sua razão de ser.

O decurso de tempo desde a prática do crime pode gerar esquecimento do delito pela sociedade, de modo a diminuir ou até mesmo a esvaizar o interesse público na responsabilidade penal. Assim, desaparecendo a necessidade da instauração de processo criminal ou da imposição da pena, tem-se por comprometida, segundo a *teoria do esquecimento*, a legitimidade da repressão penal.

Sem muito destoar da primeira, a *teoria da estabilização das situações jurídicas* sustenta a necessidade de consolidação dos direitos e de saneamento das anormalidades diante de longo período de tempo. Desse modo, a prescrição é uma necessidade social a fim de se evitar a indefinição e um estado de incerteza quanto à responsabilidade penal ou não do agente do fato.

No plano processual, é também notável a relevância da prescrição, uma vez que o decurso do tempo influencia na produção probatória, consoante os fundamentos da *teoria da dispersão ou do desaparecimento das provas*. Se não forem comprovadas a materialidade e a autoria de um crime em tempo hábil, as provas

³ Como muito bem assinalado no excerto da decisão, de fato, não há como aperfeiçoar a sub-sunção dos fatos à norma penal em obediência ao princípio da anterioridade da lei penal, haja vista que à época não existia a tipificação da tortura, o que só veio a ocorrer em 1997, com o advento da Lei 9.455.

do delito desaparecem, diminuem ou perdem força, prejudicando a acusação e aumentando a probabilidade de erro judiciário.

A negligência do Estado quanto à persecução penal e à execução da pena também são elementos fundamentadores do instituto da prescrição. Admite-se, segundo a *teoria da presunção da negligência*, que o autor de um delito não seja punido após um decurso de tempo determinado por presumir-se, em razão disso, que houve falta de zelo por parte do Estado no exercício do *jus puniendi*. O ônus da ineficiência do Estado não pode ser transferido ao agente do fato, de sorte a deixá-lo *ad eternum* vivendo a incerteza sobre a sua responsabilização penal.

Sobre o instituto da prescrição e seu fundamento, Basileu Garcia expôs interessante pensamento em sua obra originalmente publicada em 1952:

A prescrição é a renúncia do Estado a punir a infração, em face do decurso do tempo. Admitem-na tôdas as legislações modernas, a despeito da oposição que já lhe foi feita por filósofos e penalistas. Se, contra ela, se tem alegado que concorre para afrouxar a repressão criminal e é mesmo desmoralizante, pois sugere ao delinquente a vantagem da fuga, preponderam, no consenso geral, as razões justificativas do instituto.

De variados prismas se tem encarado o seu fundamento. Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinquente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. A pena, possivelmente, deixou de ser-lhe útil, como processo regenerador. De certo modo, êle já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve de atravessar para se garantir a impunidade – antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa. De outro lado, o alarma social, que o crime terá produzido, já se esvaneceu, com o lento perpassar dos anos. A pena já não teria exata correspondência no reclamo público da justiça, que é um dos esteios do Direito Penal, como força moralizadora – além de tutelar – do convívio social. E os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova torna-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória de circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários. (destacou-se)⁴

⁴ *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. II, pp. 699-700.

A propósito, séculos antes, o italiano Cesare Beccaria, na sua célebre obra *Dos delitos e das penas* (1764), já discorria sobre o fator tempo e a sua influência na pena. Trazendo uma consciência jurídica inovadora para a época, o autor discorreu no item XIX do seu texto sobre o que chamou de “Presteza da Pena”, descrevendo-a da seguinte forma:

XIX. Presteza da Pena

Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será. Digo mais justa, porque poupará ao réu os tormentos cruéis e inúteis da incerteza, que crescem com o vigor da imaginação e com o sentimento da própria fraqueza; mais justa, porque sendo a privação da liberdade uma pena, ela só pode preceder a sentença quando a necessidade o exigir. O cárcere é, pois, a simples custódia de um cidadão até que ele seja julgado culpado, e sendo essa custódia essencialmente penosa, deve durar o menor tempo possível e ser o menos dura possível. Esse tempo menor deve medir-se pela duração necessária do processo e pelo direito de anterioridade do réu ao julgamento. A duração do recolhimento ao cárcere só pode ser a necessária para impedir a fuga, ou para que não sejam ocultadas as provas dos delitos. O processo mesmo deve concluir-se no tempo mais breve possível. (...) Disse que a presteza da pena é mais útil porque, quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas idéias, delito e pena; de tal modo que imperceptivelmente se consideram um como causa e a outra como efeito necessário e indefectível. Está demonstrado que a união das idéias é o cimento que sustenta toda a fábrica do intelecto humano, sem a qual o prazer e a dor seriam sentimentos isolados e sem nenhum efeito. Quanto mais os homens se afastam das idéias gerais e dos princípios universais, isto é, quanto mais eles são incultos, tanto mais agem em função das associações imediatas e mais próximas, descuidando das mais remotas e complicadas; estas só servem aos homens fortemente apaixonados pelo objeto que os atrai, pois a luz da atenção aclara um só objeto, deixando os outros na escuridão; servem, outrossim, às mentes mais elevadas, que adquiriram o hábito de percorrer rapidamente muitos objetos de uma vez, e têm a habilidade de contrapor uns aos outros muitos sentimentos parciais, de tal modo que o resultado, que é a ação, é menos perigoso e menos incerto.

É, pois, de suma importância a proximidade do delito e da pena, se se quiser que nas mentes rudes e incultas o quadro sedutor de um delito vantajoso seja imediatamente seguido da idéia associada à pena. (...) ⁵

De todo modo, a premissa maior é a de que a prescrição penal é uma garantia do indivíduo em face da ineficiência do Estado. E não importa a variação que a sua fundamentação sofreu ao longo dos séculos, pois prevaleceu o seu acolhimento como direito fundamental e como limite ao direito de punir do Estado. O ônus da inércia não pode ser impingido ao autor do fato, sujeitando-lhe, *ad infinitum*, ao temor da potestade da repressão estatal, mas, sim, ser ele arcado pelo próprio Estado, que, por ser de Direito, se submete a prazos legais para o exercício da pretensão punitiva.

7 DA CONCLUSÃO

Ao tempo em que se lamentam as práticas delituosas cometidas no passado, o sofrimento experimentado pelas vítimas e seus familiares e as tristes circunstâncias que permeiam esse período da história do Brasil, por outro lado, sustenta-se ser juridicamente impossível o cumprimento da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de abertura de perigoso precedente de afastamento de garantias penais (anistia, prescrição e anterioridade da lei penal), sem as quais não subsiste o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas* (1764). Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 79-80.

⁵ Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 79-80.

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. *Dois Séculos de Justiça*: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil. São Paulo: Lettera.doc, 2010, pp. 65-66.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972, v. I, t. II, pp. 699-700.

MARTIN-CHENUT, Kathin. Jurisdições militares em face das exigências do direito internacional. *Revista Direito Militar*: n. 73, pp. 15-18.

