

Autos nº 2008.61.81.012372-1

Trata-se de promoção de arquivamento, formulada pelo representante do Ministério Público Federal às fls. 02/27, referente aos fatos ocorridos no dia 13 de julho de 1973, nas dependências do DOI/CODI, em São Paulo, que culminaram na morte de Luiz José da Cunha, conhecido como “Crioulo”, os quais, segundo consta das peças de informação fornecidas por outros integrantes do órgão ministerial, constituiriam crimes contra a humanidade e, por conseguinte, seriam imprescritíveis.

Sustenta o representante, em síntese, que a definição das infrações formulada pela Comissão de Direito Internacional da ONU a partir da determinação contida na Resolução 177, da mesma entidade, não chegou a ser votada em assembléia e, ainda que tivesse sido, não se aplicaria ao caso em exame, pois exige, para ocorrência do ilícito, conexão com crime de guerra ou contra a paz, situações inócenas na hipótese em apreço.

De outro lado, argumenta que a Convenção da ONU sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade, de 1968, não foi ratificada pelo Brasil, mesmos transcorridos cerca de 20 anos desde o fim da chamada ditadura militar, razão pela qual seus termos não foram recepcionados pelo ordenamento jurídico em vigor no país.

Observa, também, a impossibilidade de subsunção da conduta ao tipo do genocídio, uma vez que este não arrola como motivo para sua prática a oposição política e, mesmo que assim o fosse, teria o ato sido atingido pela prescrição.

Argüi, ainda, não ser cabível a utilização do costume para resolução da hipótese em tela, uma vez que, desde 1945 até 1973, vigorava a norma costumeira segundo a qual procedia-se à punição de criminosos por Tribunais especificamente criados para resolver as questões oriundas de conflitos que lhes eram imediatamente anteriores, circunstância que também não se verificou em relação ao regime militar brasileiro.

Por fim, conclui que a única possibilidade de adequação da conduta descrita nas peças de informação é na figura prevista no art. 121, §2º, do Código Penal, tendo já se esvaído o prazo prescricional fixado no art. 109, do mesmo diploma legal.

Às fls. 138/173, foi juntada manifestação dos Procuradores da República subscritores da representação de fls. 29/30, requerendo que fosse aplicada a regra prevista no art. 28, do Código de Processo Penal, a fim de submeter a questão à análise da Procuradoria Geral da República.

Em tal petição, invocam princípio declarado pela Comissão de 1950, acima mencionada, segundo o qual, nos crimes contra a humanidade, o fato de não ser o agente responsabilizado pela legislação em vigor em seu país de origem não impede que seja punido em âmbito internacional, argumentando, também, que as resoluções n.ºs 2184 e 2202, da ONU, expressamente reconhecem a existência das citadas infrações independentemente de vinculação com situação de guerra.

Alegam, ainda, que a Carta da ONU confere ao Conselho de Segurança daquela entidade o poder de editar resoluções que vinculem os Estados membros mesmo sem a sua anuência expressa, de modo a evitar que determinados delitos permaneçam impunes, e que os atos descritos nas peças de informação já constituíam infrações daquela natureza no momento em que foram cometidos, por força da norma costumeira então em vigor, a qual, por sua vez, independe de incorporação formal para que tenha validade no âmbito do direito interno.

Sustentam, por fim, que os crimes contra a humanidade definidos por tal fonte do direito são imprescritíveis e que a causa extintiva da punibilidade consubstanciada no instituto da prescrição não tem status constitucional.

É a síntese do necessário.

Decido.

1. Preliminares – Princípios do Promotor Natural e da Independência Funcional do Ministério Público.

Em primeiro lugar, friso que, no caso em exame, a autoridade apta a formular, de um modo geral, requerimentos destinados à resolução de questões relativas às peças de informação contidas nos autos é o Procurador da República subscritor da promoção de fls. 02/27.

Com efeito, na Subseção de São Paulo - Capital, os integrantes do Ministério Público Federal possuem atribuições específicas, de modo que apenas uma parte deles atua na área criminal, tendo, por conseguinte, aptidão para se manifestar em tal matéria, de acordo com as normas de distribuição adotadas pela instituição.

Noutras palavras, se o objetivo é a apuração de um crime, o caso é remetido à Procuradoria Criminal, num primeiro momento, e, posteriormente, a um dos Procuradores que nela atuam, de forma aleatória, com vistas a garantir plena aplicação aos princípios insculpidos nos arts. 5º, LIII, e 127, §1º, da Constituição Federal, cujos termos abaixo transcrevo:

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

(...)

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

(...)”

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

*§1º. São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.
(...)”*

O objetivo de tais normas é, de um lado, impedir que a investigação ou o julgamento de determinado caso fique a cargo de autoridades previamente escolhidas ou, ainda, criadas depois de sua ocorrência com a finalidade específica de neles atuar.

De outro, têm as regras, especialmente a segunda, a missão de assegurar ao órgão para o qual o caso foi aleatoriamente distribuído condições de analisá-lo livremente, formulando, na seara penal, sua *opinio delicti* de forma autônoma, sem interferências, nem mesmo de autoridades hierarquicamente superiores.

Cito, por oportuna, a lição de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *in* O Ministério Público no Processo Civil e Penal, Editora Forense, 5ª edição, 1999, p. 50:

“A teoria do promotor natural ou legal, como anteriormente afirmado, decorre do princípio da independência, que é imanente à própria instituição. Ela resulta, de um lado, da garantia de toda e qualquer pessoa física, jurídica ou formal que figure em determinado processo que reclame a intervenção do Ministério Público, em ter um órgão específico do parquet atuando livremente com atribuição previamente determinada em lei, e, portanto, o direito subjetivo do cidadão ao Promotor (aqui no sentido lato), legalmente legitimado para o processo. Por outro lado, ela se constitui também como garantia constitucional do princípio da independência funcional, compreendendo o direito do Promotor de oficiar nos processos afetos ao âmbito de suas atribuições.

Este princípio, na realidade, é verdadeira garantia constitucional, menos dos membros do parquet e mais da própria sociedade, do próprio cidadão, que tem assegurado, nos diversos processos em que o MP atua, que nenhuma autoridade ou poder poderá escolher Promotor ou Procurador

específico para determinada causa, bem como que o pronunciamento deste membro do MP dar-se-á livremente, sem qualquer tipo de interferência de terceiros.

Esta garantia social e individual permite ao Ministério Público cumprir, livre de pressões e influências, a sua missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...)”

Nessa mesma ordem de ideias, pode-se afirmar que as próprias normas do ordenamento jurídico que, numa primeira análise, parecem constituir abrandamento da garantia constitucional (como é o caso, exemplificativamente, do artigo 28, do Código de Processo Penal, e do artigo 9º, da Lei nº 7347/85), na verdade, servem para reforçá-la.

De fato, tanto na hipótese em que o Juízo remete o caso ao chefe da instituição por não concordar com o pedido de arquivamento formulado pelo representante do MP atuante no feito, na esfera penal, como quando o próprio Procurador ou Promotor submete a decisão de arquivamento do inquérito civil ao Conselho Superior do Ministério Público, este ou aquele, se discordarem da promoção dos membros atuantes em primeira instância, não poderão obrigá-los a agir contrariamente a ela, apenas e tão somente tendo o poder de designar outro representante para tanto, o qual, por sua vez, atuará como *longa manus* do Procurador Geral ou do Conselho, de modo que, também neste caso, não haverá ofensa à sua independência funcional.

Fixadas essas premissas, tenho que a petição de fls. 138/173, ao manifestar posicionamento contrário ao da promoção formulada pelo Procurador ao qual o caso foi distribuído para análise, com a intenção de convencer a magistrada de que não devem os autos ser arquivados, constitui evidente ofensa ao princípio acima explanado.

Noutros termos, se os subscritores da citada petição são os mesmos Procuradores que realizaram exauriente estudo do caso, contido nas peças de informação de fls. 29/136, é de se reconhecer que todos os elementos cuja análise fosse

fundamental para o deslinde da questão deveriam estar presentes em tal estudo, de modo a habilitar o Procurador da República competente a proceder a sua análise.

Feita a promoção, caberá ao Juízo analisar os motivos expendidos naquela e o conteúdo das peças, tendo cessado as atribuições dos Procuradores da área cível.

De qualquer forma, ainda que tivessem esclarecimentos outros a prestar, tal petição, se fosse o caso, deveria ser dirigida ao colega da instituição com competência para atuar na seara criminal, de modo que este, se mudasse de opinião, formulasse ao Judiciário o pedido correspondente.

Não fosse assim, poder-se-ia considerar desnecessária a atuação do Procurador criminal, cabendo aos Procuradores da área da tutela requisitar diretamente à autoridade policial a instauração de Inquérito ou, até mesmo, oferecer denúncia.

Aludido procedimento, à toda luz, não é permitido em um Estado Democrático de Direito, porque admite as chamadas autoridades de exceção, figuras cuja existência não pode ser aceita, nem mesmo sob o argumento de se punir autores de crimes contra direitos humanos de qualquer natureza, uma vez que não é possível fazer valer uma garantia fundamental com o total sacrifício de outra de mesma hierarquia, mais especificamente o direito do cidadão de somente ser processado e julgado pelas autoridades competentes, conceito que abrange não só os membros do Poder Judiciário, mas também os do Ministério Público, mormente por ter tal instituição a função, conferida pela Carta Magna, de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I).

Por tais razões, deixo de analisar a petição de fls. 138/173, passando a apreciar a promoção de fls. 02/27, em conjunto com as peças de informação que deram origem a ela.

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

Iniciando pela definição de natureza formal, assiste razão ao representante do *parquet* quando afirma 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 despicienda, tendo em vista que tal requisito, previsto no conceito elaborado pela mencionada comissão, não foi mantido pela convenção aprovada pela Assembléia.

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 n^os 03 e 95 da Assembléia 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 citada regra ingressaria no sistema.

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 *contrario 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 reserva das normas penais incriminadoras, a serem utilizadas apenas nos casos mais extremos, o 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.

Transcrevo, abaixo, trecho da bem lançada promoção ministerial de fls. 02/27:

“Caberia, como última tentativa, analisar-se o “costume” como fonte de Direito. E para tanto, é preciso que se investigue como era o costume em termos de aplicação de punições a crimes contra a humanidade em ocasião anterior à data de cometimento do suposto delito, ou seja, entre 1945 e 1973.

E a resposta, pelo histórico que se traçou no início desse texto, é apenas uma: se costume existia, era somente o de se punir os homens condenados por crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, condenados pelos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio e aqueles, supostos criminosos, que se evadiram logo após o término da Segunda Guerra Mundial. Esse era o costume. E todos, absolutamente todos os casos, eram conexos ao período do conflito ou imediatamente anterior a ele, uma vez que tanto o estatuto do Tribunal de Nuremberg como as propostas da Comissão de Direito Internacional da ONU nunca expandiram o conceito de crimes contra a humanidade para os tempos de paz. Essa extensão só se deu explicitamente, como vimos, na convenção que entrou em vigor em 1970.

Assim, no dia 13 de julho de 1973, data do suposto homicídio de Luis José da Cunha, não existia, no ordenamento jurídico nacional, a definição de crime contra a humanidade, conforme proposta no art. I, alínea (b) da convenção sobre imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade.”

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 aquele tipificação válida no ordenamento jurídico em vigor no território pátrio.

3. 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 cinco 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.

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.

Dê-se ciência ao MPF.

São Paulo, 09 de janeiro de 2009.

PAULA MANTOVANI AVELINO
Juíza Federal Substituta

DATA

Em _____ de _____ de 2009
baixaram estes autos com o r. despacho supra.

Analista/Técnico Judiciário – RF. nº _____