

A conformação da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz da Constituição da República Federativa do Brasil

Joceli Scremin da Rocha*

Resumo

Sustentou-se, em artigo publicado no Boletim 198 do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, que a prescrição penal, fundamentada no princípio do Estado Democrático de Direito e *por ser expressão do direito fundamental das liberdades*, pode ser considerada juridicamente como cláusula pétrea, com supedâneo nos artigos 5º e 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal (segundo o articulista, advogado criminalista e professor *Felipe Machado Caldeira*).

Isso posto, este trabalho pretende tecer breves comentários às recentes interpretações proferidas pela Corte Internacional de Direitos Humanos que examinou a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade à luz das relações entre Direito Constitucional e Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Sumário

1. Pressupostos da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade; 2. A incidência das normas do Estatuto de Roma nos crimes de lesa-humanidade praticados no Brasil; 3. Paradigmas constitucionais e internacionais da imprescritibilidade; Considerações finais; Referências.

1. Pressupostos da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade

De acordo com o entendimento exposto pelo ilustre docente no trabalho mencionado em epígrafe, o artigo 29 do Estatuto de Roma “não está em conformidade com a normatividade interna constitucional porque prevê hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela CRFB/1988, além de não possuir

o condão de remover ou modificar o conteúdo das disposições constitucionais confrontantes.”

No mais, suas assertivas mencionam que as normas do Estatuto de Roma, ou mais precisamente o teor contido em seu artigo 29¹, devem guardar conformidade com a Carta Política e que “a única interpretação compatível e harmônica com a CRFB/1988 é admitir a imprescritibilidade dos crimes previstos no ER apenas quando guardarem relação com o racismo ou com a ofensa a normatividade constitucional e o Estado Democrático (...)”²

Sobre o teor do respeitável trabalho científico em comento, pede-se vênua para tecer algumas considerações, na tentativa respeitosa de esclarecer que a hermenêutica esposada pelo ilustre advogado e professor, ao mencionar que o Estatuto de Roma confere “hipóteses de imprescritibilidade não contempladas pela Constituição Federal”, não considerou amplamente o atual modelo de constitucionalismo adotado pelo nosso país, a penosa transição para a efetiva consolidação do regime democrático e, principalmente, descartou vários compromissos firmados pelo Brasil no âmbito internacional, consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana.

2. A incidência das normas do Estatuto de Roma nos crimes de lesa-humanidade praticados no Brasil

O sistema de responsabilização criminal mundial, atualmente representado pelo Estatuto de Roma, com competência para julgar os autores de graves crimes

¹ Art. 29
Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

² Os trechos em destaque encontram-se redigidos no artigo intitulado *A conformação do Estatuto de Roma com a Constituição de 1988: A imprescritibilidade e os princípios do Estado Democrático de Direito e da segurança e estabilidade das relações jurídicas*. Cf. *Boletim IBCCRIM* 198, mai. 2009, p. 2.

* Bacharel em Direito pela Universidade Metodista de São Paulo e servidora do Ministério Público Federal.

contra a humanidade e firmado em Roma na data de 17 de julho de 1998, foi aprovado pelo Brasil através do Decreto Legislativo 112, de 6 de junho de 2002, e posteriormente promulgado internamente pelo Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Como regra geral, o Estatuto de Roma estabelece que todos os Estados signatários aceitarão a jurisdição do Tribunal, desde que a ele tenham aderido. No caso do Brasil, a eventual submissão à jurisdição do Estatuto de Roma encontra-se corroborada nos exatos termos do artigo 5º, §4º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, e assim redigido: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

No entanto, a eventual responsabilização criminal dos agentes responsáveis pela prática dos crimes contra a humanidade, que vier a ser julgada pelo Tribunal Penal Internacional, encontra-se *delimitada* pela aplicação dos princípios da *anterioridade (nullum crimen, nulla poena sine lege)* e da *retroatividade (não retroatividade racione personae)*, expostos nos artigos 22 e 24, nestes termos:

Artigo 22 (...)

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal. (...)

Artigo 24 (...)

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto. (...)

Dessa forma, malgrado a prática dos crimes de homicídio, de tortura e de desaparecimento forçado de pessoas esteja taxativamente compreendida na competência do referido diploma legal³, verifica-se que a jurisdição do Tribunal Internacional, infelizmente, não poderá abarcar os crimes contra a humanidade

³ Artigo 7

Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por crime contra a humanidade, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; (...) f) tortura; (...) i) desaparecimento forçado de pessoas; (...)

praticados no Brasil em períodos autoritários, uma vez que os mesmos foram cometidos anteriormente à entrada em vigor do Estatuto de Roma no território nacional.

Ademais, deve-se ressaltar que a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é realizada diretamente, mas, *subsidiariamente*, caso seja demonstrado inequivocamente, da parte do ente estatal signatário, inércia, negligência ou falta de interesse nas investigações, na persecução criminal dos responsáveis e na prestação jurisdicional às vítimas.

Atentando-se às considerações acima expendidas, verifica-se que o aspecto temporal e o esgotamento de todos os procedimentos internos vigentes no país signatário são as regras basilares para a eventual incidência da jurisdição internacional do Estatuto de Roma, consubstanciadas no ato pelo qual a Justiça Nacional entregará o indivíduo à Corte Internacional (*surrender*).

Em compensação, o Estatuto de Roma enumera taxativamente que os crimes contra a humanidade “não se encontram sujeitos ao instituto jurídico penal da prescrição.”⁴ Todavia, a questão da imprescritibilidade posta pelo referido diploma legal contempla somente os crimes expressamente atrelados à sua jurisdição e praticados posteriormente à sua entrada em vigor, com supedâneo nos princípios supracitados.

3. Paradigmas constitucionais e internacionais da imprescritibilidade

De início, antes de tecer qualquer consideração, há que se ressaltar que o campo de incidência dos direitos fundamentais, a fim de se discutir a conformidade ou a desconformidade da prescrição penal em crimes contra a humanidade, - e que se mencionados taxativamente no artigo 7º do Estatuto de Roma⁵, *não acolhe somente*

⁴ Art. 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.”

⁵ Artigo 7º

Crimes contra a humanidade

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade” qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: a) Homicídio; (...) f) Tortura; (...) i) Desaparecimento forçado de pessoas.”

a liberdade do acusado, (-como pretendeu destacar o escol exegeta, de acordo com o entendimento desta pesquisadora, salvo melhor juízo-), mas também a vida e a liberdade das vítimas, e, mormente, o dever estatal de punir delitos de tão extrema gravidade, com arrimo no artigo 5º, caput, §2º, da Constituição Federal, nestes termos:

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

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Sucintamente, a imprescritibilidade pode ser definida como a não incidência do decurso de tempo, previsto em lei para o exercício da ação penal, podendo o Estado, portanto, exercer a pretensão punitiva em face do acusado a qualquer tempo.

No tocante aos crimes contra a humanidade praticados em nosso país, quais sejam, homicídio, sequestro e tortura, na vigência dos períodos militares, basta somente atentar-se à perpétua memória dos fatos e às atrocidades cometidas para que o operador do direito reflita sobre a imprescritibilidade da pretensão punitiva e executória. Isso porque:

*(...) a memória social jamais apagaria crimes profundos alarmantes, em face do perigo que criam ou crueldade que revelam. Seria contínuo o reclamo da comunidade por retribuição ao grave mal do crime, mediante a intervenção do Direito Penal. Seria permanente a força da exemplaridade da pena e seu poder de reequilibrar a consciência e os sentimentos coletivos, abalados intensamente (...).*⁶

Ora, ainda que o Direito Penal figure como *ultima ratio*, também é certo que a concepção do Direito Penal mínimo não exclui a restrição ou a privação de

um direito inviolável que afrontou a tutela de um bem valioso indispensável, como na situação posta.

A princípio, adotando-se meramente uma interpretação taxativa ou literal da Constituição Federal, de fato, verifica-se que a imprescritibilidade é restrita somente ao crime de racismo e aos crimes praticados contra a ordem constitucional e a Estado Democrático, nos termos do artigo 5º, incisos XLII e XLIV.⁷

Porém, de antemão, percebe-se que os ilícitos raciais não se incluem entre os mais graves do sistema jurídico penal brasileiro. Ora, a conduta de um racista, embora grave e repulsiva, não se torna tão perigosa quanto a conduta de um homicida, de um torturador ou sequestrador. Daí que a imprescritibilidade prevista pelo legislador constituinte, no tocante aos crimes de racismo, encontra-se dotada de desproporcionalidade em relação aos bens jurídicos mais relevantes da sociedade.

No que tange aos crimes contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito, verifica-se que a conduta do agente, em tese, direciona-se à destruição da instituição política ou estatal do país. Mais uma vez, patente a desproporcionalidade, eis que o legislador constituinte valorizou mais a democracia e o poder estatal do que a inviolabilidade à própria vida, inserida no *caput* do artigo 5º⁸, da Constituição Federal.

Todavia, pode-se afirmar que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, tipificados no Estatuto de Roma, encontra-se mencionada, sim, no bojo da atual Constituição Federal. A diferença existente entre os crimes de racismo, os crimes praticados contra a ordem constitucional do Estado e os crimes contra a humanidade é que nestes últimos a *menção da imprescritibilidade é implícita*.

⁷ Art. 5º (...)

XLIII- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...)
XLIV- constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático."

⁸ Art. 5º (...)

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; (...)"

Aponte-se que os delitos em destaque foram medidas adotadas pela política estatal brasileira, a partir da implantação do regime ditatorial no ano de 1964, para reprimir violentamente qualquer suspeita de dissidência política, e que, por conseguinte, resultou na morte de milhares de vítimas.

⁶ Mara Regina Trippo, *Imprescritibilidade Penal*, pp.62-63.

Ora, ao adotar-se uma interpretação teológica e sistemática de todos os dispositivos constitucionais, destacando-se mormente o princípio consagrado da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental da inviolabilidade à vida, juntamente com as normas internacionais esculpidas nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos, *incorporadas materialmente* na Carta Magna, por força do artigo 5º, §2º, verifica-se que a *imprescritibilidade é a regra constitucional*.

Aponte-se que o artigo acima mencionado encontra-se colacionado na Constituição da República Federativa do Brasil, com a seguinte redação:

Art.5º (...)

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos *tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*. (grifo nosso)

É bem verdade que o §3º inserido recentemente no artigo 5º da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional 45/2004, enumera que as normas correlatas dos tratados e convenções de Direitos Humanos devem ser avaliadas pelo Congresso Nacional e aprovadas por um *quorum* qualificado, a fim de serem equivalentes às normas constitucionais.⁹

Porém, deve-se esclarecer que a intenção do legislador ao acrescentar o dispositivo em testilha na Carta Política não foi infirmar a força constitucional das normas internacionais dos tratados e convenções de Direitos Humanos, - *e que sempre estiveram incorporadas materialmente na Constituição Federal, conforme o entendimento majoritário da doutrina brasileira* -, mas apenas possibilitar sua inclusão formal no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁰

A redação equivocada, lamentavelmente, poderá induzir o intérprete ao entendimento de que somente os tratados que forem submetidos ao Congresso Nacional e aprovados pelo *quorum* terão o mesmo

valor hierárquico das demais normas constitucionais, o que não é verdade. Como também não é verdade que os tratados e convenções que já foram ratificados pelo Brasil, mas não submetidos ao Congresso Nacional, sejam meramente equiparados às leis ordinárias.

Tal interpretação foi feita com brilhantismo pelo Ministro Celso de Mello em seu voto:

(...) *O novo §3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo §2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente.*

(...)

Este me parece ser o caso do novo §3º do art. 5º.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo §2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva 'ex parte civium' dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente com as normas constitucionais, devem obedecer ao 'iter' previsto no novo §3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional 45.

(...)

Explico-me, observando que entendo, por força do §2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de

⁹ Art. 5º (...) §3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

¹⁰ Cf. Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p-329.

1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.

Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia de advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade. (...) ¹¹ (grifos no original).¹²

Daí a importância da interpretação ser feita com parcimônia pelo operador do Direito e de forma teleológica, atentando-se para os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), do repúdio à tortura ou a qualquer outro tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III), bem como da punibilidade de qualquer comportamento atentatório aos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5º, inciso XLI), todos inscritos na atual Constituição Federal.

Assim, *considerando-se a atual redação da Constituição Federal, com as modificações acrescidas pela Emenda Constitucional 45/2004*, e adotando-se, outrossim, uma interpretação teleológica e sistemática de todos os dispositivos mencionados, pode-se afirmar que os dispositivos dos tratados e das convenções de Direitos Humanos, já ratificados, além de se encontrarem no mesmo nível hierárquico das normas constitucionais brasileiras, *materialmente incorporados no ordenamento jurídico pátrio*, independentemente de

serem submetidas à aprovação do Congresso Nacional, cuja finalidade volta-se meramente à sua inclusão formal no texto constitucional, *afastam a incidência da prescrição nos crimes contra a humanidade.*

Isso porque a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, praticados em nosso país durante o regime militar, encontra respaldo jurídico, atentando-se às normas internacionais embasadas nos principais Tratados e Convenções de Direitos Humanos já ratificados pelo Brasil, merecendo-se destacar, em especial, o artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, assim redigido:

Art. 15 (...)

2. Nenhuma disposição do Presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer indivíduo por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações. (grifo nosso)

Acrescente-se ainda o artigo 8º e o artigo 28, ambos mencionados na Declaração Universal de Direitos Humanos, com a seguinte redação:

Artigo VIII

Toda pessoa tem o direito de receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo XXIII

Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades reconhecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

No plano regional interamericano, a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, mais conhecida como o *Pacto de San José da Costa Rica*, foi aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e oficialmente promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992.

Frise-se que o respeito aos direitos e às garantias fundamentais e a responsabilização criminal dos agentes responsáveis, *repudiando-se, portanto, a incidência da prescrição*, encontra-se destacada pela convenção, especialmente em seus artigos 1º, 2º, 8º e 25, exatamente nestes termos:

Art. 1º Obrigação de respeitar os direitos

¹¹ HC 87.585-TO de 12 de março de 2008, voto do Min. Celso de Mello, pp. 25-26.

¹² Não obstante, os preceitos enumerados pelo jurista Luiz Flavio Gomes rechaçam que os tratados já vigentes no Brasil possuem valor supralegal (acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição), embasados na tese apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP), reiterada no HC 90.172-SP, j. 05.06.07 e que foi ratificada no julgamento ocorrido em 3 de dezembro de 2008. Cf. *Carta Forense*, marc. 2009, p. 8.

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

Art. 2º Dever de adotar disposições de direito interno

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

Art. 8º Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (...)

Art. 25 Proteção judicial

1. *Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.* (...) (grifo nosso)

Insta observar que eventuais conflitos existentes entre as normas jurídicas dos tratados e convenções de Direitos Humanos e entre as normas constitucionais pátrias serão facilmente solucionados, considerando-se justamente os pressupostos da teoria monista radical que foi adotada em nosso país. Nesse sentido, alerta Kans Kelsen:

Estamos, portanto, em face de um abuso de uma ou outra construção quando, como frequentes vezes sucede, delas se deduzem soluções que apenas poderão ser adotadas com base no Direito internacional positivo ou no Direito estadual positivo. Assim, os representantes do primado da ordem jurídica internacional afirmam, a partir daí, que o Direito internacional está supra ordenado

ao Direito estadual, que aquele é, em face deste, a ordem jurídica mais elevada, que, em consequência, em caso de conflito entre os dois, o Direito Internacional goza de prevalência- quer dizer, o Direito estadual que o contradiga é nulo.¹³

Mas não é só. O entendimento majoritário da jurisprudência internacional é que a incidência da prescrição penal a graves violações de direitos humanos, ou, mais precisamente, a crimes contra a humanidade ou crimes de lesa-humanidade, se *contrapõe às obrigações internacionais dos Estados*.

Nesse passo, os precedentes internacionais além de reforçarem a obrigação estatal de se proceder à investigação, e, por conseguinte, a punibilidade dos responsáveis, assevera que *o afastamento da prescrição penal não depende da firmação ou ratificação de qualquer convenção ou tratado especial*, tratando-se, portanto, de norma *jus cogens*.

Comungando do acima exposto, colham-se os seguintes julgados:

(...) São inadmissíveis os dispositivos de anistia, os *dispositivos de prescrição* e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e sanção dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrarias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. (Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Peru*, §41.) (grifo nosso)¹⁴

(...) Há ampla evidência para concluir que em 1973, ano da morte (...), a comissão de crimes de lesa-humanidade, incluindo o assassinato contra setores da população civil, era violatória de uma norma imperativa do Direito Internacional. Esta proibição de cometer crimes de lesa-humanidade é uma norma de *jus cogens*, e a penalização destes crimes é obrigatória conforme o Direito

¹³ Kans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 381.

¹⁴ No caso *Barrios Alto*, constam dos autos que membros do exército Peruano estiveram nessa região, localizada em Lima, no Peru, no ano de 1991, e obrigaram vários moradores do local a se deitarem no chão. Ato contínuo, começaram a atirar indiscriminadamente por aproximadamente dois minutos, matando quinze pessoas e deixando outras quatro gravemente feridas. Para justificar a operação sangrenta, foi alegado pelo governo peruano que a operação teria consistido em uma represália contra supostos membros do *Sendero Luminoso*.

Internacional geral. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, §99)¹⁵

A obrigação, de acordo o Direito Internacional, de processar e, caso haja condenação, punir os perpetradores de determinados crimes internacionais, entre estes os crimes de lesa-humanidade, depreende-se da obrigação de garantia consagrada no artigo 1.1 da Convenção Americana. Esta obrigação implica no dever dos Estados-partes organizarem todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, §110)

A Corte estima que (...) ante a particular gravidade destes delitos e a natureza dos direitos lesionados, a proibição do desaparecimento forçado de pessoas e o correlativo dever de investigar e sancionar os seus responsáveis tem adquirido caráter de *jus cogens*. (Corte IDH, *Caso Goiburú v. Paraguai*, § 84)

(...)

Quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim, e desde o início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de *controle de constitucionalidade* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana,

intérprete última da Convenção Americana. (Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*, § 124)

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso de tempo, e genericamente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e sancionar os autores. Esta é uma garantia que não deve ser observada deliberadamente pelo julgador para todo criminoso. Sem prejuízo do disposto anteriormente, a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quando se tratar de graves violações dos Direitos Humanos na esfera do Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme assim tem anunciado. (Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros. v. Ecuador*, § 111)

Saliente-se que o Brasil encontra-se vinculado aos costumes e princípios gerais de direito internacional por força da ratificação da Convenção da Haia, firmada em 1907, cujos termos foram novamente reafirmados com a posterior assinatura e ratificação da Carta das Nações Unidas, no ano de 1945.

Insta observar que a imprescritibilidade aqui discutida, de fato, não se encontra atrelada ao princípio da irretroatividade previsto no Estatuto de Roma¹⁶. Primeiramente, porque conforme já se mencionou anteriormente, a submissão brasileira à jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional é exclusivamente suplementar.

Em segundo lugar, há que se ressaltar que todas as perseguições criminais que *deverão* ser deflagradas em face dos agentes estatais brasileiros que sequestraram, torturaram e mataram vários opositores políticos, *atentando-se à necessidade de se completar efetivamente a transição da política brasileira ao regime democrático*, - questão esta lamentavelmente ainda não cumprida no Brasil, ao contrário de outros países-, *pertencerão inicialmente à jurisdição brasileira*.

Como se vê, conforme os entendimentos colacionados pela jurisprudência da Corte Interamericana, a *imprescritibilidade* desses crimes é a *regra geral* a ser adotada pelos países, perfeitamente consubstanciada nos princípios e nas normas gerais do Direito Internacional. E a irretroatividade trazida

¹⁵ O caso *Almonacid Arrelano* foi apreciado pela Corte em 2006, uma vez ter sido ele assassinado por militares em 1973, em frente a sua residência, fato, inclusive, presenciado por sua família. A sentença acima referenciada contém as declarações fornecidas por sua esposa, Elvira Gómez Olivares, perante o Tribunal. Em seu depoimento, ela menciona que no dia 16 de setembro de 1973, às 11h, seu esposo compareceu à residência do casal para vê-la, eis que se encontrava escondido em outro local, por razões de segurança. Aproximadamente às 11h30, acostou uma patrulha defronte à residência para buscá-lo. Posteriormente, ao conduzi-lo, os militares dispararam tiros de metralhadora em seu corpo. Neste exato instante, ela que estava grávida de oito meses, sentiu que sua placenta se desprendia, e, por conseguinte, a criança que estava em seu ventre, nasceu morta. Seu esposo chegou a ser levado ao hospital para ser operado, no entanto, não resistiu aos ferimentos e faleceu no dia seguinte. O fato foi visto ainda, pelos outros dois filhos do casal, de dois e nove anos de idade, respectivamente.

¹⁶ Artigo 24

Não retroatividade *ratione personae*

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

pelo Estatuto de Roma não é norma genérica, mas específica.¹⁷

Assevere-se ainda que as regras gerais do Direito Internacional encontram-se fundamentadas, sempre, na proteção soberana do objeto jurídico tutelado, devendo-se, pois, desde o início, *favorecer a vítima e não o acusado*. Portanto, a jurisdição nacional deverá reconhecer a constitucionalidade da imprescritibilidade desses crimes, *independentemente da data que os mesmos foram praticados*. Nesse sentido:

(...) Que el principio de no retroactividad de la ley penal há sido relativo. Éste rige cuando la nueva ley es más rigorosa pero no si es más benigna. Así, la Convención sobre Imprescritibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad reconoce una conexidad lógica entre imprescritibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el ius gentium y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescritibilidad, debe prevalecer este último, pues es inherente a las normas imperativas de ius cogens, esto es, normas de justicia tan evidentes que jamás pudieron oscurecer la conciencia jurídica de la humanidad¹⁸

Frise-se que a Convenção da Organização das Nações Unidas, firmada em 1968 e que dispõe sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, corrobora o entendimento que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, *independentemente da data em que tenham sido cometidos*. E o Brasil encontra-se vinculado aos termos

da referida convenção, apesar de sua ratificação não expressa.

Saliente-se que o respeito à persecução e sanção dos agentes responsáveis pela prática de crimes de lesa-humanidade já havia sido expressa pela Assembleia Geral das Nações Unidas, anteriormente à promulgação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, através da Resolução 2338, XXII, firmada em 18 de dezembro de 1967, nestes termos: “(...) en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo por crímenes de guerra y por crímenes de lesa humanidad se há previsto limitación en el tiempo.”²⁰

Atentando-se às disposições supracitadas, nota-se que a Assembleia Geral das Nações Unidas fez patente referência ao *princípio da imprescritibilidade* em crimes de guerra e em crimes contra a humanidade. E consoante o entendimento pronunciado pela Assembleia Geral, “uma futura convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade cumpriria com a necessidade e oportunidade de afirmar no direito internacional esse princípio, e assegurar sua aplicação universal.”¹⁹

Nesse diapasão, a obrigação dos Estados em cumprir e garantir o princípio da imprescritibilidade independe da ratificação aos termos da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade e encontra-se consubstanciada, logicamente, no dever de garantir às vítimas o direito de acesso à justiça.

Ressalte-se, por fim, que a imprescritibilidade deverá ser plena, abrangendo, inclusive a persecução penal executória. Ora, se o crime de racismo, imprescritível, é dotado de imprescritibilidade ampla, haveria razão para não dispensar o mesmo tratamento a crimes tão graves, atentando-se à importância do objeto jurídico tutelado? À guisa de exemplo, destaque-se o seguinte acórdão:

O crime de racismo, gizado pela Constituição, é imprescritível, ou seja, a pena é

¹⁷ Vale lembrar que o Estatuto de Roma dispõe em seu artigo 11, item I, a restrição de sua competência jurisdicional, abrangendo somente os crimes cometidos após sua entrada em vigor.

¹⁸ Traduzindo: *O princípio da não retroatividade na lei penal é relativo. Vigorará se a nova lei for mais rigorosa, e não se for mais benigna. Assim, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade reconhece uma conexão lógica entre a imprescritibilidade e a retroatividade. Diante da existência de um conflito entre o princípio da irretroatividade, favorecendo o autor de crimes contra os Direitos Humanos, e entre o princípio da retroatividade, aparente dos textos convencionais sobre imprescritibilidade, deverá prevalecer este último, consubstanciado nas normas imperativas dos Direitos Humanos, isto é, nas normas de justiça tão evidentes que jamais poderão ofuscar a consciência jurídica da humanidade* Tradução livre da autora. Parecer proferido pela Ministra Regina V. Finta, na Suprema Corte do Canadá, na data de 24 de março de 1994 e extraído do voto proferido pelo Sr. Ministro Antonio Boggiano, na Corte Suprema da Argentina, no caso *Julio Hector Simon y otros*, transcrito na sentença publicada em 14 de junho de 2005.

¹⁹ Cf. Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias, elaborado em 15 de setembro de 2004, na cidade de Nova York, pela Presidência do *Internacional Center for Transitional Justice - ICTJ*, p. 20.

perene, possibilitando que o Estado puna o autor do fato a qualquer tempo, imprescritibilidade, esta, que é aplicada tanto da pretensão punitiva, quanto na pretensão executória. (HC-STJ 15.555-RS)²⁰

Portanto, à luz dos paradigmas constitucionais e internacionais, pode-se assegurar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com supedâneo no artigo 5º, §2º, confere como cláusula pétrea a *imprescritibilidade processual absoluta dos crimes contra a humanidade*, dispensando-se, por conseguinte, a análise das regras prescricionais, enumeradas no Código Penal e representadas no ordenamento jurídico brasileiro por lei ordinária.²¹

Insta observar que a prescrição penal, *literalmente*, não detém o *status* de garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. Mas ainda admitindo-se o contrário, respeitando-se obviamente a interpretação trazida à baila pelo autor *Felipe Machado Caldeira*, e independentemente da interpretação que se dê à força normativa das normas dos Tratados e das Convenções de Direitos Humanos, -repise-se- *incorporadas materialmente à Constituição Federal, à luz do artigo 5º, §2º*, e que qualificam os crimes contra a humanidade como imprescritíveis, são aptas a infirmar o regime geral e ordinário da prescrição.

No mais, releva-se observar que os crimes contra a humanidade e a questão da imprescritibilidade são assuntos que receberam um tratamento especial na legislação francesa e encontram-se literalmente expressos no Código Penal da França, nos artigos 212-1 e 213-5, exatamente nestes termos:

*Art. 212-1. La déportation, la réduction en esclavage ou la pratique massive et systématique d'executions sommaires, d'enlèvements de personnes suivis de leur disparition, de la torture ou d'actes inhumains, inspirés par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux et organisés en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité. (...)*²²

²⁰ Voto do Ministro Gilson Dipp. Cf. Mara Regina Trippo. *Imprescritibilidade Penal*, p. 81.

²¹ A imprescritibilidade relativa corresponde à existência de obstáculos que podem ser superados, ao passo que a imprescritibilidade absoluta caracteriza-se pela existência de argumentos de ordem processual, totalmente inafastáveis. *Ibidem*, p. 58.

²² Traduzindo: *Art. 212-1. A deportação, a redução à escravidão ou a prática maciça e sistemática de execuções sumárias, o sequestro de*

Considerações finais

Chegando-se ao final deste estudo, pode-se afirmar que as interpretações proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à prevalência da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade, além de serem compatíveis com o regime democrático adotado pelo Brasil, encontram supedâneo nos compromissos internacionais firmados pelo Brasil e na atual redação da Constituição Federal.

Os crimes de lesa-humanidade não admitem o instituto penal da prescrição. A imprescritibilidade é um princípio do direito internacional que foi reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, anteriormente à aprovação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, firmada em 1968.

E com espeque neste princípio de direito internacional os Estados detém o dever de perseguir e sancionar os agentes responsáveis. Isso posto, a não ratificação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não exime a obrigação estatal em comento, haja vista que as normas do referido instituto recorrem a um princípio de direito que já vigorava anteriormente à sua aprovação.

Doutro turno, na hipótese de persistir eventual conflito do direito fundamental à liberdade, atrelado à prescrição penal, mas evocado de forma a favorecer a liberdade dos acusados, em face de outros direitos fundamentais estendidos às vítimas, com arrimo nos paradigmas constitucionais, penais e internacionais, deverá prevalecer, sem qualquer dúvida, a conformação da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade.

Repita-se que a observância dos princípios humanitários do direito internacional que reforçam o instituto jurídico da imprescritibilidade, é obrigação *erga omnes* estendida a todos os Estados, independentemente da firmação de qualquer ato convencional. E, com fundamento nestes princípios,

peçoas, seguidos de seus desaparecimentos, torturas ou de outros atos desumanos, inspirados por motivos políticos, filosóficos, raciais ou religiosos e organizados em execução por comum acordo ou de encontro a um grupo da população civil são puníveis com reclusão criminal perpétua. Tradução livre da autora.

o Brasil encontra-se obrigado a perseguir e sancionar os crimes de lesa-humanidade praticados em seu território e cometidos por seus agentes estatais.

Nesse passo, é de rigor reconhecer-se que a *incidência jurídica da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade sempre existiu, e, por conseguinte, sempre vigorou em todos os países*, tornando-se dispensável discutirem-se as disposições contempladas nos artigo 29 do Estatuto de Roma, trazidas pelo respeitável articulista.

Repise-se que o princípio da imprescritibilidade em crimes contra a humanidade encontra-se expressamente reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas em várias Resoluções, sem contar que o seu caráter universal já havia sido anteriormente mencionado pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg de 1950.

Assim, entende esta pesquisadora que a *imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade é regra obrigatória a ser adotada na jurisdição brasileira*, e que ainda seria incontestável a obrigatoriedade de sua incidência, mesmo que o Brasil não tivesse firmado nenhum compromisso internacional sobre Direitos Humanos, ou mesmo que revestidas pela ratificação, as normas correlatas eventualmente não estivessem incorporadas materialmente como cláusulas pétreas na Carta Magna.

Por derradeiro, deve-se destacar que é cada vez mais forte a tendência à *constitucionalização* das ciências jurídicas penais, - Direito Penal e Direito Processual Penal-, especialmente por limitarem e condicionarem *formal e materialmente* o dever estatal de punir.

Dessa feita, denota-se que os estudos voltados à discussão do exercício do *jus puniendi* do Estado, ou mais precisamente da incidência do instituto jurídico da prescrição penal, são questões que ainda não alcançam consenso entre os operadores do Direito.

CEJIL GAZETA. *Publicação do Centro pela Justiça e o Direito Constitucional*. República Federal da Alemanha: Ministério dos Negócios Exteriores, nº 28, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de Direito Internacional*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal; Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Manual de Direito Penal; Volume II. Parte Especial*. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TRIPPO, Mara Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: J. de Oliveira, 2004.

Referências

BOLETIM IBCCRIM. Ano 17, nº 198, mai. 2009.

CARTA FORENSE. 70 ed., mar. 2009.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, v.4.