

RECURSO ESPECIAL Nº 1.798.903 - RJ (2015/0256723-4)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **CLAUDIO ANTONIO GUERRA**
RECORRIDO : **NEWTON ARAUJO DE OLIVEIRA E CRUZ**
ADVOGADOS : **CLOVIS MURILLO SAHIONE DE ARAUJO - RJ013393**
YURI SARAMAGO SAHIONE DE ARAUJO PUGLIESE -
RJ145879
RECORRIDO : **WILSON LUIZ CHAVES MACHADO**
RECORRIDO : **NILTON DE ALBUQUERQUE CERQUEIRA**
RECORRIDO : **EDSON SÁ ROCHA**
RECORRIDO : **DIVANY CARVALHO BARROS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. ATENTADO AO RIOCENTRO. VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. DÉCADAS DE 60, 70 E 80. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO NACIONAL. OBSERVÂNCIA À SOBERANIA PÁTRIA. POSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO PELA PAZ. EXEMPLO DA ÁFRICA DO SUL. 2. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VIOLAÇÃO DO ART. 107, IV, DO CP. DISPOSITIVO QUE NÃO ABRANGE A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE. MATÉRIA CONSTANTE DE TRATADOS INTERNACIONAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NORMA INTERNACIONAL VIOLADA. NORMA CONSTITUCIONAL PRÓPRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 284/STF.** 3. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO NA ORIGEM. NÃO ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCLUSÃO DO TRF/2ª REGIÃO FIRMADA COM BASE NO ARCABOUÇO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO NA VIA ELEITA. **ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.** 4. ARQUIVAMENTO DO IP NA JUSTIÇA MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO STM. ANISTIA DA EC 26/1985.

COISA JULGADA MATERIAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF. **5.** LEI DA ANISTIA. ADPF 153/DF. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, EM CASOS DIVERSOS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A ORDEM JURÍDICA INTERNA. COMPETÊNCIA DO STF. **6.** SOBERANIA NACIONAL. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. DECISÕES INTERNACIONAIS. DEVER DE HARMONIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DA ORDEM INTERNA. **7.** CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCEITO TRAZIDO NO ART. 7º ESTATUTO DE ROMA. **AUSÊNCIA DE LEI EM SENTIDO FORMAL.** OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 5º, XXXIX, DA CF. TRATADO INTERNALIZADO EM 2002. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.** AFRONTA AO ART. 5º, XL, DA CF. **8.** CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO PELO BRASIL. PEDIDO DE APLICAÇÃO COMO *JUS COGENS*. COSTUME INTERNACIONAL RESPEITADO E PRATICADO. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA PELO STF. INAPLICABILIDADE DO *JUS COGENS* ASSENTADA NA EXTRADIÇÃO 1.362/DF. **9.** CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PREMISSA DE STATUS DE SUPRALEGALIDADE. TRATADO NÃO INTERNALIZADO DE ACORDO COM O ART. 5º, § 3º, DA CF. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A CF. **10.** TRATADOS INTERNACIONAIS NÃO INTERNALIZADOS. OBSERVÂNCIA NA ORDEM INTERNA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, § 2º, DA CF. PRINCÍPIO DA UNIDADE E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. SOBERANIA ESTATAL E SUPREMACIA DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. OFENSA A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. **11.** NORMAS PRESCRICIONAIS. DIREITO PENAL MATERIAL. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.

PRESCRITIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 12. A ADMISSÃO DO *JUS COGENS* NÃO PODE VIOLAR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO PÁTRIO. RESGUARDO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FINALIDADE PRINCIPAL DOS DIREITOS HUMANOS. IMPOSSIBILIDADE DE TIPIFICAR CRIME SEM LEI PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRAR A EFICÁCIA DAS NORMAS PRESCRICIONAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. PRINCÍPIOS CAROS AO DIREITO PENAL. 13. CONCLUSÃO QUE NÃO DIMINUI O COMPROMISSO DO BRASIL COM OS DIREITOS HUMANOS. PUNIÇÃO APÓS QUASE 40 ANOS. NÃO RESTABELECIMENTO DE DIREITOS VIOLADOS. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IGUAL MAGNITUDE. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SEGURANÇA JURÍDICA. COISA JULGADA MATERIAL. LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE. 14. OFENSA AOS ARTS. 347 E 348 DO CP. RECURSO CONHECIDO NO PONTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NATUREZA PERMANENTE DOS TIPOS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES INSTANTÂNEOS. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 15. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO.

1. Considerações preliminares: A matéria trazida nos presentes autos é de extrema relevância, haja vista ter, de fato, havido graves violações a direitos humanos durante as décadas de 60, 70 e 80. Contudo, não há uma **única** forma de reconstrução após crises como a ocorrida no Brasil. Na verdade, as experiências de reconciliação nacional, em vários países do mundo, foram diversas, respeitando-se sempre a cultura e a soberania de cada país. Emblemática é, por exemplo, a experiência de justiça restaurativa na **África do Sul** sob a direção do estadista **Nelson Mandela** e coordenação do arcebispo Desmond Tutu. O processo transicional, do regime racista do *apartheid* para a democracia multirracial, ocorreu de forma negociada e pacífica. A criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação promoveu **o encontro de vítimas, familiares, ofensores e representantes das comunidades locais** para discutirem sobre as violações dos direitos

humanos praticadas durante o sistema segregacionista. Nesses encontros, os violadores reconheciam os seus erros, pediam perdão às famílias ou aos seus familiares e se responsabilizavam pelas consequências materiais dos seus atos lesivos. Essas foram as condições necessárias para a declaração de anistia aos ofensores naquele país.

2. Admissibilidade: O exame do recurso especial deve se ater à matéria efetivamente submetida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que "o recurso especial possui **fundamentação vinculada**, de modo que **não cabe ao STJ imiscuir-se em questões que não lhe tenham sido devolvidas especificamente**". (AgInt no AREsp 1325685/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019). O recorrente aponta violação ao art. 107, IV, do CP, por considerar que "os delitos imputados aos ora recorridos devem ser tomados como crimes de lesa-humanidade **na linha dos diplomas internacionais**, e, por conseguinte, imprescritíveis". Contudo, a norma infraconstitucional apontada como violada não tem o alcance pretendido. Não se aborda, na referida norma, a imprescritibilidade (tema previsto na Lei maior e em tratado não internalizado). Constata-se, portanto, a falta de correlação entre a norma apontada como violada e a discussão efetivamente trazida nos autos, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial. "A indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto **comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado** padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF" (REsp n. 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

3. A ordem foi concedida pelo Tribunal de origem, por maioria, reconhecendo a ocorrência da prescrição, "em virtude de **os fatos não se enquadrarem nos crimes contra a humanidade**". Dessa forma, ainda que o recorrente tivesse indicado o dispositivo correto, que trata da **imprescritibilidade** dos crimes contra a humanidade, seu exame não teria o condão de desconstituir o acórdão proferido pela Corte local, porquanto fundamentado na **não configuração de crime de lesa-humanidade**. Inviável, outrossim, aferir se os fatos narrados se inserem na categoria de crime contra humanidade, **uma vez que o recorrente não apontou igualmente violação a dispositivo legal, ou mesmo supralegal, que albergue referida discussão**. Ademais, desconstituir a conclusão do Tribunal Regional

Federal da 2ª Região, **que possui amplo espectro de cognição dos fatos e provas juntadas aos autos**, demandaria o revolvimento fático-probatório, o qual é vedado na via eleita, nos termos do enunciado **n. 7/STJ**.

4. Preliminares de mérito: O STM, por mais de uma vez, "inadmitiu o prosseguimento de inquérito instaurado para apurar o atentado do Riocentro, e fez mais, **decretou a extinção de punibilidade** de todos os envolvidos, face a anistia deferida pela Emenda Constitucional 26/1985". Como é cediço, "a decisão que declar[a] extinta a punibilidade em favor do Paciente, **ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos**. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que **o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar**". (HC 86606, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe 2/8/2007). Precedentes outros do STF na mesma direção. Assim, caso fosse acolhida a tese recursal do MPF, deveria este Colegiado examinar, **previamente e de ofício**, o tema da coisa julgada material (matéria de ordem pública, que foi expressamente analisada pela Corte de Origem). Recorde-se: em favor do acusado, sempre é possível a concessão da ordem de habeas corpus até mesmo de ofício.

5. Os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida **no art. 4º, § 1º, da EC n. 26/1985**, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979. Não se pode descurar, ademais, que a Lei n. 6.683/1979 foi considerada **constitucional** pelo STF, no julgamento da ADPF n. 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração. Nada obstante, conforme explicitado pelo Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Rcl n. 18.686/RJ, "**essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante** (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99)". Nessa linha de entendimento, **cabe ao STF verificar os efeitos da decisão proferida** pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, com a consequente **harmonização da jurisprudência relativa à Lei de**

Anistia, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux.

6. Conclusão que não revela **resistência** ao cumprimento das decisões proferidas pela CIDH, ou **reticência** em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da CIDH não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional. A soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da CF na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela CIDH não pode afrontar a CF, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais.

7. Mérito: O conceito de crime contra a humanidade se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, sendo **internalizado** por meio do Decreto n. 4.388, de 25/9/2002. No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n. 4.038/2008. Diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o STF já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que **não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente**, sob pena de se violar o princípio da legalidade - art. 5º, XXXIX, da CF (exemplo: tipo penal de organização criminosa trazido na Convenção de Palermo). Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a **tipificação** do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n. 4.388, porquanto **não há lei em sentido formal tipificando referida conduta**. Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, **haja vista o princípio constitucional da irretroatividade**, previsto no art. 5º, XL, da CF.

8. A Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade é anterior aos fatos narrados. Contudo, não foi ratificada pelo Brasil, não foi internalizada nem como norma supralegal. Nada obstante, no presente julgamento se pretende demonstrar que

sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma *jus cogens* que, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Ext. n. 1.362/DF, "é um costume internacional, respeitado e praticado" e, segundo o Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, "talvez a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal". No referido julgamento, se considerou inaplicável o *jus cogens*, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, uma vez que, conforme voto vencedor do saudoso Ministro Teori Zavascki, "somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, *por óbvio*, cláusulas constitucionais em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental".

9. Ainda que se admita o *jus cogens*, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradicação n. 1.362/DF, o controle de convencionalidade exercido pelo STJ, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, **não se pode perder de vista que o tratado possui status supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF.** Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do STF sobre o status dos tratados sobre direitos humanos, bem como **inviabilizaria o exame dos temas pelo STJ.**

10. Considerando se estar diante de controle sobre Convenção admitida como *jus cogens*, entendo que sua observância na ordem jurídica interna, se legitima a partir do disposto no **art. 5º, § 2º, da CF**, o qual dispõe que "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". Nesse contexto, diante do princípio da **unidade da constituição** - o qual impõe a necessidade de harmonização de eventuais contradições existentes entre as normas constitucionais -,

bem como do princípio da **máxima efetividade** - que visa conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais -, entendo que a **observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deve ser compatibilizada com os princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade**. Assim, a aplicação da Convenção não poderia tipificar crimes nem alcançar fatos anteriores à Constituição de 1988, que legitimou sua aplicação, sob pena de revelar verdadeira afronta à própria **soberania estatal** e à **supremacia da Constituição da República**, subvertendo por completo o ordenamento jurídico pátrio e com malferimento de inúmeros outros direitos fundamentais, a pretexto de protegê-los.

11. Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de **tornar imprescritíveis** crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de **lei em sentido formal**. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade. "A chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma **sociedade livre e justa**, conferindo amparo a um **vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos**. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as **garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa**, pois submete o cidadão à **eterna ameaça da repressão estatal**, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime". (CALIXTO, Clarice Costa. Portanto, não é possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, IV, do CP (**norma violadora e não violada**), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o **princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica**, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito.

12. Conclusão: A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens* não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, se harmonizar

com o regramento pátrio. Referida conclusão não revela desatenção aos Direitos Humanos, mas antes observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal.

13. O não reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude: segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade, etc.

14. Pedido Subsidiário: No que diz respeito à alegada ofensa aos arts. 347 e 348, ambos do CP, a argumentação trazida no recurso especial não encontra óbice ao seu conhecimento. Porém, a insurgência não merece prosperar. Com efeito, o recorrente pretende demonstrar que os crimes de fraude processual e de favorecimento pessoal têm natureza de crime permanente, motivo pelo qual o prazo prescricional, com relação ambos, ainda não teria se implementado. Contudo, é uníssona na doutrina, bem como na jurisprudência, a classificação dos referidos crimes como instantâneos, motivo pelo qual não é possível igualmente acolher o pleito subsidiário do recorrente.

15. Dispositivo: Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, improvido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.798.903 - RJ (2015/0256723-4)

RELATOR : **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **CLAUDIO ANTONIO GUERRA**
RECORRIDO : **NEWTON ARAUJO DE OLIVEIRA E CRUZ**
ADVOGADOS : **CLOVIS MURILLO SAHIONE DE ARAUJO - RJ013393**
YURI SARAMAGO SAHIONE DE ARAUJO PUGLIESE -
RJ145879
RECORRIDO : **WILSON LUIZ CHAVES MACHADO**
RECORRIDO : **NILTON DE ALBUQUERQUE CERQUEIRA**
RECORRIDO : **EDSON SÁ ROCHA**
RECORRIDO : **DIVANY CARVALHO BARROS**
ADVOGADO : **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

1. Relatório

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (*Habeas Corpus* n. 0005684-20.2014.4.02.0000).

Consta dos autos que os recorridos foram denunciados, em 13/2/2014, pelos crimes de homicídio qualificado tentado, transporte de explosivos, associação criminosa, fraude processual e favorecimento pessoal, por fatos ocorridos em 30/4/1981, no denominado "Atentado do Riocentro" (e-STJ fls. 9/105).

A denúncia foi recebida pela Juíza da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a qual considerou que, "a partir da premissa da incompetência absoluta da Justiça Militar, não há que se falar em coisa julgada em relação a quaisquer das decisões prolatadas, notadamente o arquivamento ocorrido" (e-STJ fl. 107).

Registrou, ademais, que a prescrição não ocorreu (e-STJ fl. 110):

Para tanto, parto de duas premissas importantes: (i) os crimes de tortura, homicídio e desaparecimento de pessoas, cometidos por agentes do Estado, como forma de perseguição política, no período da ditadura militar brasileira configuram crimes contra a humanidade; (ii) segundo princípio geral de direito internacional, acolhido como costume pela prática dos Estados e posteriormente por Resoluções da ONU, os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem foi concedida, por maioria, "reconhecendo a inexistência de crime contra a humanidade, e a incidência da prescrição da pretensão punitiva", nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 309):

PENAL. HABEAS CORPUS. ATENTADO DO RIOCENTRO. CRIME CONTRA A HUMANIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. ANISTIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. COISA JULGADA MATERIAL. TRIBUNAIS ESTRANGEIROS.

Decisão que tem por cogente no Brasil conclusão do Tribunal de Nuremberg, eleva à mesma categoria decisões de demais tribunais alienígenas, tais como acoite a adúlteras, as que aplicam a Lei de Talião, as da Inquisição, as do Torquemada, e outras mais. Esdruxularia. Decisão do Superior Tribunal Militar transitada em julgado, arquivando inquérito, e decretando anistia. Coisa julgada material. Preclusão consumativa de decisão da Procuradoria Geral da República que reconheceu competência, para o caso, da Justiça Militar, não tendo eficácia jurídica posterior modificação pela própria Procuradoria. A anistia concedida pela Emenda Constitucional 26/85, favoreceu os atores e supostos autores do atentado do Riocentro. Vencido o relator nestes aspectos.

Prescrição. Atos praticados clandestinamente, sem influência e responsabilidade do Estado. Resultado pretendido longe de atentar contra a humanidade, contra a raça humana. Ausência de causa que indique imprescritibilidade. Atos praticados há mais de 33 anos, consumada a prescrição de todos os crimes imputados. Ordem concedida por maioria de votos, e estendida aos demais acusados, determinando o trancamento da ação penal, face ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados, nos seguintes termos (e-STJ fl. 490):

PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 619 DO CPP. Não se verifica a ocorrência de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, no acórdão embargado. Embargos de declaração desprovidos.

No presente recurso especial, o recorrente aduz, em síntese, que "a decisão da Corte *a quo* acabou por violar o disposto no **art. 107, inciso IV, do Código Penal**, por considerar extinta a punibilidade dos agentes pela prescrição da pretensão punitiva estatal em **hipótese de imprescritibilidade**. Também violou os **arts. 347 e 348 do Código Penal** por não considerar que os delitos tipificados em tais dispositivos são de **natureza permanente**".

Afirma que pretende demonstrar que os delitos narrados na inicial se enquadram, em tese, no conceito jurídico-penal de crime contra a humanidade, o que revela "sua imprescritibilidade, bem como o descabimento do art. 107, IV, do Código Penal". Subsidiariamente, pretende demonstrar que os crimes de fraude processual e de favorecimento pessoal são crimes permanentes, motivo pelo qual não estaria consumada a prescrição da pretensão punitiva estatal com relação a eles.

Assevera que "os delitos imputados aos recorridos são qualificadas como crimes de lesa-humanidade, característica que, **por força de normas de Direito Internacional**, torna-os imprescritíveis". Ressalta que a imprescritibilidade pode ser extraída das seguintes normas do direito costumeiro cogentes e anteriores ao início da execução dos delitos (e-STJ fls. 527/528):

a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle n° 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU (1954); e) Resolução n° 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); f) Resolução n° 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); g) Resolução n° 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); h) Resolução n° 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1970); i) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas

condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução n° 3074, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1973).

Considera que, "malgrado as recomendações internacionais dirigidas ao Estado brasileiro desde meados da década de 1970, foi depois da prolação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros contra Brasil ("Guerrilha do Araguaia"), que começou a maior parte das investigações sobre a ditadura militar brasileira".

Recorda, outrossim, que "o Estado brasileiro voluntariamente submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao ratificar, em 1998, a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória prevista no art. 62 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, a sentença proferida no caso Gomes Lund contra Brasil tem força vinculante a todos os Poderes do Estado brasileiro".

Quanto ao conceito de crime contra a humanidade, afirma que, "passados 50 anos do golpe militar de 1964, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos naquele período fazia parte de uma política de Estado, conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental. Os fatos narrados na denúncia encontram-se, em tese, dentro desse contexto".

Destaca, ainda, que "muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1968 - pois estava no auge da ditadura militar nesta época -, entende a doutrina estarmos diante, na verdade, de verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais".

No mais, embora o acórdão recorrido tenha afastado o reconhecimento do crime de lesa-humanidade, assevera que referido conceito "não condiciona tal qualidade a uma política oficial. Aliás, isso é bastante óbvio, visto que os diplomas internacionais citados qualificam o crime de lesa-humanidade, em

linhas gerais, como aquele praticado sistematicamente contra a população por motivos raciais, políticos ou religiosos, promovidos, incentivados, tolerados ou encobertos pelas autoridades, estejam ou não previstos como crime pela legislação interna".

Conclui, assim, que "os delitos imputados aos ora recorridos devem ser tomados como crimes de lesa-humanidade na linha dos diplomas internacionais, e, por conseguinte, imprescritíveis. A extinção da punibilidade dos réus com fulcro na prescrição da pretensão punitiva estatal acabou, portanto, por violar frontalmente o art. 107, IV, do Código Penal".

Subsidiariamente, entende que referidas condutas devem ser igualmente consideradas imprescritíveis, diante do disposto no art. 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal, que dispõe serem imprescritíveis os crimes praticados por grupos armados contra a ordem constitucional e o regime democrático.

Por fim, aduz que, caso não acolhida a tese da imprescritibilidade, deve ser reconhecido o não implemento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com relação aos crimes do arts. 347 e 348, ambos do Código Penal, por se tratarem de crimes permanentes.

Afirma que a agenda subtraída do local dos fatos foi entregue apenas em 1999, quando já vigente a regra constitucional da imprescritibilidade, e que o favorecimento pessoal perdura "até os dias de hoje", uma vez que não se comunicou a "identificação de dois dos envolvidos no atentado a bomba".

Pugna, assim, pelo reconhecimento das violações apontadas, para que seja restabelecido o curso da ação penal, ainda que parcialmente.

Não foram apresentadas contrarrazões e o recurso especial não foi admitido, às e-STJ fls. 624/625, em virtude da ausência de prequestionamento e em razão do óbice do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu agravo, o recorrente asseverou que as matérias foram devidamente prequestionadas e que não se pretende o reexame de matéria fático-probatória.

O Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls. 754/803, pelo conhecimento e provimento do agravo em recurso especial, recomendando, entretanto, que fosse julgado primeiramente o agravo em recurso extraordinário ou que os autos ficassem sobrestados até o julgamento da Reclamação n. 18.686/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECORRIDOS DENUNCIADOS PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE HOMICÍDIO TENTADO, TRANSPORTE DE EXPLOSIVO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA, FRAUDE PROCESSUAL E FAVORECIMENTO PESSOAL – CASO CONHECIDO COMO "ATENTADO DO RIOCENTRO" – RECEBIMENTO DA PEÇA ACUSATÓRIA PELO JUÍZO SINGULAR - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL DETERMINADO PELO TRIBUNAL LOCAL - ACOLHIMENTO DA ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL - DESCABIMENTO - CRIMES DE LESA-HUMANIDADE - IMPRESCRITIBILIDADE - CRIMES PERPETRADOS POR GRUPOS ARMADOS CONTRA A ORDEM CONSTITUCIONAL E O REGIME DEMOCRÁTICO (ART. 5º, INC. XLIV, DA CARTA POLÍTICA)- IMPRESCRITIBILIDADE - NATUREZA JURÍDICA PERMANENTE DOS DELITOS DE FRAUDE PROCESSUAL E FAVORECIMENTO PESSOAL – PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL, RECOMENDANDO-SE, TODAVIA, O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DESSES RECURSOS ATÉ O JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO AGRAVO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E DO MÉRITO DO APELO EXTRAORDINÁRIO, ANTE A PREJUDICIALIDADE DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL DEBATIDA NOS AUTOS. SUBSIDIARIAMENTE, CASO NÃO ACOLHIDA A PROPOSIÇÃO ANTERIOR, RECOMENDA-SE O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DOS RECURSOS DE COMPETÊNCIA DESSA CORTE SUPERIOR ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO PELA CORTE SUPREMA DA RECLAMAÇÃO Nº 18.686/RJ, ONDE SE DISCUTE A MESMA TEMÁTICA OBJETO DOS AUTOS (CONTEXTO DE CRIMES COMETIDOS DURANTE O PERÍODO DO REGIME MILITAR DE EXCEÇÃO NO BRASIL).

O Relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, por considerar que "a análise da eventual aplicabilidade do disposto no art. 5º, XLIV, da Constituição Federal, é prejudicial ao exame da suposta violação dos arts. 107, IV, 347 e 348 do Código Penal", determinou o "sobrestamento do agravo em recurso especial e a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do agravo interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário" (e-STJ fls. 806/811).

No entanto, o Relator no Supremo Tribunal Federal, Ministro Marco Aurélio, determinou a devolução dos autos, afirmando que o exame da matéria constitucional não implicaria o prejuízo do recurso especial (e-STJ fl. 820).

Nesse contexto, o Ministro Relator converteu o agravo em recuso especial, às e-STJ fls. 828/829, e a Sexta Turma, acolhendo questão de ordem, decidiu afetar o julgamento do feito à Terceira Seção, com fundamento no art. 14, inciso II, do Regimento Interno desta Corte, em virtude da relevância da questão.

Na Terceira Seção, o Ministro Rogério Schietti Cruz votou no sentido de dar provimento ao recurso especial, "por considerar violado o art. 109 do Código Penal", cassando, assim, o acórdão recorrido e determinando o restabelecimento do curso normal da ação penal.

Para melhor analisar a matéria, pedi vista dos autos, e passo a tecer minhas considerações sobre o tema.

2. Considerações preliminares

De início, registro que a matéria realmente é de extrema relevância, haja vista ter, de fato, havido graves violações a direitos humanos durante as décadas de 60, 70 e 80. Não por outro motivo, criou-se a **Comissão Nacional da Verdade**, por meio da Lei n. 12.528/2011, com a finalidade de examinar e esclarecer referidas violações, objetivando "efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional".

De igual forma, a busca da verdade em torno dos desaparecidos políticos e o direito à indenização das vítimas ou de seus familiares constituem valores inquestionáveis no ordenamento pátrio.

Recorde-se, aliás, que não há uma **única** forma de reconstrução após crises como a ocorrida no Brasil. Na verdade, as experiências de reconciliação nacional, em vários países do mundo, foram diversas, respeitando-se sempre a cultura e a soberania de cada país.

Emblemática é, por exemplo, a experiência de justiça restaurativa na **África do Sul** sob a direção do estadista **Nelson Mandela** e coordenação do arcebispo Desmond Tutu. O processo transicional, do regime racista do *apartheid* para a democracia multirracial, ocorreu de forma negociada e pacífica. A criação de uma Comissão de Verdade e Reconciliação promoveu **o encontro de vítimas, familiares, ofensores e representantes das comunidades locais** para discutirem sobre as violações dos direitos humanos praticadas durante o sistema segregacionista. Nesses encontros, os violadores reconheciam os seus erros, pediam perdão às famílias ou aos seus familiares e se responsabilizavam pelas consequências materiais dos seus atos lesivos. Essas foram as condições necessárias para a declaração de anistia aos ofensores naquele país.

No entanto, o exame do recurso especial deve se ater à matéria efetivamente submetida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que "o recurso especial possui **fundamentação vinculada**, de modo que **não cabe ao STJ imiscuir-se em questões que não lhe tenham sido devolvidas especificamente**". (AgInt no AREsp n. 1325685/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 23/8/2019).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCORRÊNCIA DESLEAL. REPRODUÇÃO DOLOSA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos

autos (Súmula n. 7 do STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas contidas no processo para concluir pela inexistência de concorrência desleal. Alterar esse entendimento demandaria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 3. O conhecimento do recurso especial exige que, nas razões recursais, o recorrente vincule cada alegação à afronta de determinado dispositivo legal, não bastando relacionar preliminarmente todas as normas supostamente contrariadas. Incidência da Súmula n. 284/STF. 4. **"O recurso especial é apelo de fundamentação vinculada e, por não se aplicar nessa instância o brocardo iura novit curia, não cabe ao Relator, por esforço hermenêutico, identificar o dispositivo supostamente violado para suprir deficiência na fundamentação do recurso"** (AgInt no AREsp 1001931/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 31/03/2017). 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 921.719/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2019, DJe 30/05/2019)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. MARCA. DIREITO DE PRECEDÊNCIA. NOME COMERCIAL. CONTRARIEDADE ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. MATÉRIA FÁTICA NÃO APRECIADA INTEGRALMENTE PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. LIMITES COGNITIVOS DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. O recurso especial é recurso de fundamentação vinculada, limitado em extensão pela matéria recursal devolvida e adstrito às questões jurídicas decididas em única ou última instância. 2. Questões fático-probatórias ainda que enfrentadas pelo Juízo de primeiro grau, porém sobre as quais não houve pronunciamento pelo Tribunal a quo, escapam à competência recursal desta Corte Superior. 3. Agravo interno desprovido. (AgInt no AgRg no REsp 1371046/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2019, DJe 16/05/2019)

Nesse contexto, a discussão travada nestes autos deve acontecer em torno da suposta violação dos arts. 107, inciso IV, 347 e 348, todos do Código Penal, tendo em vista o disposto no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal de 1988.

3. Admissibilidade

Quanto à admissibilidade do recurso especial, observo que este é cabível e tempestivo. Nada obstante, no que concerne à apontada ofensa ao art. 107, inciso IV, do Código Penal, verifico que a irresignação esbarra no óbice do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o recorrente aponta violação do art. 107, inciso IV, do Código Penal, por considerar que "os delitos imputados aos ora recorridos devem ser tomados como crimes de lesa-humanidade **na linha dos diplomas internacionais**, e, por conseguinte, imprescritíveis".

Contudo, a norma apontada como violada dispõe que **se extingue a punibilidade** "pela **prescrição**, decadência ou preempção", ou seja, nada fala acerca de eventual imprescritibilidade, **a qual é trazida por "diploma internacionais" ou pela Constituição Federal, nos incisos XLII e XLIV do art. 5º**. Assim, a meu ver, a norma infraconstitucional apontada como violada não tem o alcance pretendido pelo recorrente. **O Ministério Público Federal não apontou qualquer dispositivo de tratado ou convenção supostamente malferido** e a temática constitucional é própria de recurso extraordinário, o qual foi igualmente interposto (art.102, III, CF).

Com efeito, a prescrição é a perda do direito de punir do Estado pelo seu não exercício em determinado lapso de tempo. Assim, o reconhecimento da prescrição dos crimes trazidos na denúncia **não viola o dispositivo legal** que o disciplina como causa extintiva da punibilidade, **mas antes o aplica em consonância com o ordenamento pátrio, que apenas considera imprescritíveis os crimes de racismo e de ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático**.

Relevante anotar, ainda, que, caso a controvérsia trazida nos presentes autos se encontrasse devidamente albergada pelo disposto no art. 107, inciso IV, do Código Penal, ou mesmo na Constituição Federal, seria completamente desnecessário se falar em *jus cogens*. Assim, não obstante o recurso apresentar "argumentação suficiente para permitir a compreensão das teses", **não aponta o dispositivo legal ou supralegal correto a albergar a**

controvérsia. Nessa linha de raciocínio, a pretendida violação jamais poderá ser do art. 107, inciso IV, da Lei Substantiva Penal, porque, efetivamente, **a prescrição extingue a punibilidade.** Não se aborda, na referida norma, a imprescritibilidade (tema previsto na Lei maior e em tratado não internalizado).

Portanto, constato que a falta de correlação entre a norma apontada como violada e a discussão efetivamente trazida nos autos inviabiliza o conhecimento do recurso especial. De fato, "a indicação de preceito legal federal que não consigna em seu texto **comando normativo apto a sustentar a tese recursal e a reformar o acórdão impugnado** padece de fundamentação adequada, a ensejar o impeditivo da Súmula 284/STF" (REsp n. 1.715.869/SP, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. PERDIMENTO DE BEM. DISPOSITIVO INDICADO. FALTA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. SÚMULA N. 284 DO PRETÓRIO EXCELSO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O recorrente em relação à perda do bem indicou como violado o art. 1º da Lei n. 11.343/2006, o qual não possui pertinência temática com a dedução feita no recurso especial, haja vista que não dispõe acerca do perdimento de bem adquirido com o produto do tráfico. 2. Ressalta-se que o recurso especial é de fundamentação vinculada e no caso de interposição pela alínea "a" do permissivo constitucional deve-se apontar o dispositivo de lei federal supostamente violado, o que, por questão de lógica, deve guardar pertinência com o tema versado na norma reputada por malferida. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1438358/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 25/04/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. REFORMATIO IN PEJUS. NORMA INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO ALBERGA A TESE VENTILADA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Consoante jurisprudência deste Sodalício Superior, "somente quando a dosimetria da pena mostrar-se

*teratológica é que deve ser modificada a reprimenda imposta pelo Juízo de primeiro grau, respeitando-se sua discricionariedade e valorizando a condição de que é ele que está mais próximo dos fatos e da realidade local. Ademais, para se modificar as conclusões das instâncias ordinárias relativas à dosimetria da pena, mostra-se necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incompatível com os estreitos limites do remédio heroico" (HC 184.325/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Min. ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 04/12/2015), 2. **O dispositivo de lei indicado como violado não alberga a pretensão recursal perquirida pelo recorrente, fato este que impossibilita a compreensão da controvérsia arguida nos autos, ante a deficiência na fundamentação recursal. Enunciado 284 da Súmula do STF.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1221928/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018).*

*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. VARA ESPECIALIZADA CONTRA O CRIME ORGANIZADO, CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E ECONÔMICA E CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. I - A jurisprudência desta eg. Corte, alinhando-se ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a de autorização para que Tribunais locais procedam à especialização de Varas para o processamento de feitos restritos por matéria. Assim, apesar de terem sido cometidos os delitos na Comarca de Rondonópolis, o julgamento perante a Vara Especializada contra o Crime Organizado, os Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica e os Crimes contra a Administração Pública se mostra acertado porquanto prevalece o Juízo especializado em razão da matéria. Precedentes. II - os dispositivos apontados no apelo nobre não albergam a pretensão recursal porquanto seria necessário examinar os citados Provimento 004/2008/CM e a Resolução 23/2014 do Tribunal a quo, pois o artigo 70 do CPP não traz comando normativo suficiente, por si só, para alterar a competência fixada nas instâncias de origem. **Portanto, incide, no caso, o teor da Súmula 284/STF ('É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia').** Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1611615/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 16/04/2018).*

Observo, ademais, que a ordem foi concedida pelo Tribunal de origem, por maioria, reconhecendo a ocorrência da prescrição, "em virtude de **os fatos não se enquadrarem nos crimes contra a humanidade**" (e-STJ fl. 308). Dessa forma, ainda que o recorrente tivesse indicado o dispositivo correto, que trata da **imprescritibilidade** dos crimes contra a humanidade, seu exame não teria o condão de desconstituir o acórdão proferido pela Corte local, porquanto fundamentado na **não configuração de crime de lesa-humanidade**.

Inviável, outrossim, aferir se os fatos narrados se inserem na categoria de crime contra humanidade, **uma vez que o recorrente não apontou igualmente violação de dispositivo legal, ou mesmo supralegal, que albergue referida discussão**. Ademais, desconstituir a conclusão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, **que possui amplo espectro de cognição dos fatos e provas juntadas aos autos**, demandaria o revolvimento fático-probatório, o qual é vedado na via eleita, nos termos do Enunciado **n. 7 da Súmula desta Corte**.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma terceira instância recursal, porquanto sua missão constitucional é a uniformização da jurisprudência infraconstitucional, por meio da interpretação e correta aplicação dos textos legais, e não pela aferição da justiça da avaliação dos fatos realizada pela Corte local. Dessarte, a violação de dispositivos legais deve ser aferível sem a necessidade de reexame fático-probatório, o que não se revela possível na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619. INOCORRÊNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. APELO MINISTERIAL. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. REVISÃO INVIÁVEL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Não há falar em violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal de origem decidiu as questões suscitadas pela parte em decisão suficientemente motivada, inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade. A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal

*deixa de se manifestar sobre ponto suscitado e que seria indubitavelmente necessário ao deslinde do litígio e não quando decide em sentido contrário ao interesse da parte. 2. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a anulação da decisão absolutória do Conselho de Sentença, manifestamente contrária à prova dos autos pelo Tribunal de Justiça, por ocasião do exame do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público, não viola a soberania dos veredictos. 3. Decidindo o Tribunal de Justiça que a absolvição pelo Tribunal do Júri foi contrária à prova dos autos, maiores considerações acerca do tema implicariam em reexame de prova, inviável em sede de recurso especial. 4. **Nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, seja pelo permissivo da alínea 'a', seja pelo permissivo da alínea 'c', este Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de uniformizar e interpretar a lei federal, não lhe competindo, em sede de recurso especial, o exame dos fatos da causa e do processo, como bem pretende o recorrente, como se fosse terceira instância recursal ou tribunal de apelação reiterada.** 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1638488/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018).*

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS DE LEI INVOCADOS. SÚMULA 211/STJ. COISA JULGADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. I - Não existe a alegada violação do art. 535 do CPC/73, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido. II - A questão não foi decidida conforme objetivava a recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso. É sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu. III - Ademais, não cabe invocar aresto paradigma para substanciar suposta violação do art. 535 do CPC/73, pois tal afronta é examinada caso a caso, consoante já decidiu a Corte Especial do STJ (AgRg nos EREsp 1.297.932/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, DJe 23/9/2013). IV - Da análise detida dos autos, observa-se ainda que a Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, os arts. 267, inciso V, 333, inciso II, c/c o art. 301, inciso VI, 462, 467, 468 e 485 do Código de Processo Civil.

*V - Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. VI - Assim, incide no caso o enunciado da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. Oportuno consignar que esta Corte não considera suficiente, para fins de prequestionamento, que a matéria tenha sido suscitada pelas partes, mas sim que a respeito tenha havido debate no acórdão recorrido. VII - Da análise das razões do acórdão recorrido, observa-se que este delineou a controvérsia dentro do universo fático-comprobatório. Caso em que não há como aferir eventual violação dos dispositivos infraconstitucionais alegados sem que se abram as provas ao reexame. É o que se infere do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 813/816) VIII - **A pretensão de simples reexame de provas, além de escapar da função constitucional deste Tribunal, encontra óbice na Súmula 7 do STJ, cuja incidência é indubitosa no caso sob exame. IX - O exame do arcabouço fático-probatório deduzido nos autos é defeso a este Superior Tribunal, uma vez que lhe é vedado atuar como terceira instância revisora ou tribunal de apelação reiterada** (Precedente: AgRg no Ag 1.414.470/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 23/02/2012). X - Ademais, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o reexame de ofensa à coisa julgada importa em reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7 deste tribunal. XI - Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 975.150/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 14/02/2018).*

Assim, divirjo do eminente Relator, no ponto, para considerar não preenchidos os requisitos específicos de admissibilidade, com relação ao art. 107, inciso IV, do Código Penal, uma vez que o conhecimento do recurso especial esbarra nos óbices do Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porquanto deficiente sua fundamentação, bem como do Verbete n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a pretensão deduzida demanda inviável revolvimento do arcabouço carreado aos autos.

4. Preliminares de mérito

Caso superada a preliminar de inadmissibilidade, verifico que a controvérsia trazida nos presentes autos diz respeito à qualificação dos crimes descritos na inicial acusatória como de **lesa-humanidade**, com o consequente reconhecimento de sua **imprescritibilidade**, em observância a **diplomas internacionais** com força de *jus cogens*.

Embora não tenha prevalecido o entendimento no sentido de os fatos se encontrarem albergados pela **anistia** ou pela **coisa julgada material**, entendo pertinente tecer alguns comentários sobre o tema, não apenas pela relevância da matéria submetida a julgamento, mas também em virtude do minucioso voto apresentado pelo eminente Relator.

4.1. Coisa julgada material

De início, consoante destacado no voto proferido pelo Relator na origem, o Superior Tribunal Militar, por mais de uma vez, "inadmitiu o prosseguimento de inquérito instaurado para apurar o atentado do Riocentro, e fez mais, **decretou a extinção de punibilidade** de todos os envolvidos, face a anistia deferida pela Emenda Constitucional 26/1985" (e-STJ fl. 253). Dessa forma, tendo em vista a possibilidade de exame do tema pela via do *habeas corpus* de ofício, caso necessário, considero relevante a tese da **coisa julgada material**, consoante a orientação do Excelso Pretório sobre o assunto.

Com efeito, "a decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, **ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos**. A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que **o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar**". (HC 86606, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/05/2007, DJe 2/8/2007).

No mesmo diapasão:

I - Habeas corpus: cabimento. É da jurisprudência do Tribunal que não impedem a impetração de habeas corpus a admissibilidade de recurso ordinário ou extraordinário da decisão impugnada, nem a efetiva interposição deles. II - Inquérito policial: arquivamento com base na atipicidade do fato: eficácia de coisa julgada material. A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, quando fundado o pedido do Ministério Público em que o fato nele apurado não constitui crime, mais que preclusão, produz coisa julgada material, que - ainda quando emanada a decisão de juiz absolutamente incompetente -, impede a instauração de processo que tenha por objeto o mesmo episódio. Precedentes : HC 80.560, 1ª T., 20.02.01, Pertence, RTJ 179/755; Inq 1538, Pl., 08.08.01, Pertence, RTJ 178/1090; Inq-QO 2044, Pl., 29.09.04, Pertence, DJ 28.10.04; HC 75.907, 1ª T., 11.11.97, Pertence, DJ 9.4.99; HC 80.263, Pl., 20.2.03, Galvão, RTJ 186/1040. (HC 83346, Relator(a): Min. SEPULVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 17/05/2005, DJ 19-08-2005 PP-00046 EMENT VOL-02201-2 PP-00246 RTJ VOL-00195-01 PP-00085).

ARQUIVAMENTO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. DECISÃO ADMINISTRATIVA. ABERTURA DE NOVAS INVESTIGAÇÕES E OFERECIMENTO DE DENÚNCIA POR NOVO PROCURADOR-GERAL. IRRETRATABILIDADE DO ATO DE ARQUIVAMENTO, SEM PROVAS NOVAS. 1. Se o procedimento administrativo encaminhado à Procuradoria vem a ser arquivado, essa decisão administrativa não pode ser substituída por nova denúncia, apresentada pelo novo Procurador-Geral, sem a existência de provas novas. Precedente (Inq 2.028 - Informativo 645, Plenário). 2. Denúncia rejeitada. (Inq 2054, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2006, DJ 06-10-2006 PP-00032 EMENT VOL-02250-01 PP-00026 RTJ VOL-00199-01 PP-00091).

Na hipótese, a remessa dos autos à Justiça Militar foi por solicitação do próprio Ministério Público Federal. O esforço de provas novas gravita, na verdade, sobre os mesmos fatos já examinados pela Justiça Castrense. Logo, caso acolhida a tese recursal do Ministério Público Federal, deverá este Colegiado examinar, **previamente e de ofício**, o tema da coisa julgada material (matéria de ordem pública, que foi expressamente analisada pela Corte de Origem).

4.2. Lei da Anistia

No que diz respeito à Lei da Anistia, considero que os fatos, ocorridos em 30/4/1981, estão albergados pela anistia trazida **no art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 26/1985**, promulgada pela própria Assembleia Nacional Constituinte, a qual reafirmou a Anistia de 1979.

Não se pode descurar, ademais, que a Lei n. 6.683/1979 foi considerada **constitucional** pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153/DF, embora estejam pendentes de julgamento embargos de declaração.

A propósito, transcrevo apenas a ementa do referido julgado:

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. Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda:

opera a sua inserção no mundo da vida. 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, seqüestro 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 consumadas. **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, despicendo. 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. (ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011).

Com efeito, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional n. 26/1985 reafirmou a Lei de 1979. A Constituição nova não afeta leis-medidas que a tenham precedido. Assim, "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".

O art. 4º, § 1º, da Emenda Constitucional n. 26/1985 dispõe que "é **concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos**, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais".

Já o § 2º do referido dispositivo registra que a anistia **abrange** igualmente os fatos praticados no período compreendido entre 2/9/1961 e 15/8/1979, reforçando, portanto, a concessão de anistia não apenas aos fatos praticados entre 1979 e 1985, mas também àqueles já albergados pela Lei de Anistia. Parafraseando o Ministro Eros Grau, mesmo se o preceito da Lei de 1979 tivesse sido ab-rogado pela nova ordem constitucional, a anistia coexistiria com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85.

Por oportuno, registro, ainda, que o Ministro Alexandre de Moraes, Relator da Reclamação n. 18.686/RJ, **deferiu, em 23/11/2018, o pedido de extensão dos efeitos da liminar**, anteriormente deferida pelo Ministro Teori Zavascki, consignando que a decisão reclamada "é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153", e que "**essa decisão, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** –

ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99)".

Relevante anotar, outrossim, que, no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, o Ministro Luiz Fux, ao fazer referência à pendência dos embargos de declaração na ADPF n. 153/DF, esclareceu ao Plenário que "os embargos de declaração foram interpostos em razão de uma **condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos** devido ao fato de o Brasil ter promulgado a **Lei da Anistia**". Consignou, ademais, que:

Então, esse fato novo - vamos dizer assim -, juridicamente, não indica que tenha havido nenhuma contradição, omissão ou obscuridade, porque, à época do julgamento, não havia nenhum pronunciamento da Corte Interamericana. Assim, na verdade, esses embargos de declaração com efeitos infringentes trazem a lume um fato que não foi objeto do contraditório. Portanto, o julgamento desse embargo de declaração não vai alterar isso em nada.

Assim, valendo-me das palavras do Ministro Marco Aurélio, ao se manifestar também no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, considero que "enquanto não afastada a norma do cenário jurídico, deve ser observada".

Nessa linha de entendimento, entendo que **cabe ao Supremo Tribunal Federal verificar os efeitos da decisão proferida**, em 24/11/2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil, bem como no Caso Herzog e outros vs Brasil, julgado em 15/3/2018, com a consequente **harmonização da jurisprudência relativa à Lei de Anistia**, o que é objeto também da ADPF n. 320/DF, da relatoria do eminente Luiz Fux.

Referida conclusão não revela **resistência** ao cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou **reticência** em exercer o controle de convencionalidade, porquanto a submissão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos não prescinde da devida harmonização com o ordenamento pátrio, sob pena de se comprometer a própria soberania nacional.

Com efeito, a soberania é fundamento da República Federativa do Brasil e justifica a Supremacia da Constituição Federal na ordem interna. Dessa forma, o cumprimento das decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode afrontar a Constituição, motivo pelo qual se faz mister sua harmonização, sob pena de se subverter nosso próprio ordenamento, negando validade às decisões do Supremo Tribunal Federal, em observância a decisões internacionais.

Na ADPF 320/DF, a própria ex-Procuradora Geral da República, Dra. Raquel Dodge, disse ao STF, reconhecendo a competência revisora exclusiva da Suprema Corte em tema com decisão vinculante de anterior ADPF:

(...) Está configurada, portanto, a necessidade impostergável de pronunciamento dessa Suprema Corte no presente caso, para firmar interpretação voltada à compatibilização entre o direito interno e o direito internacional de direitos humanos, conciliando competências, jurisdições e paradigmas normativos, e, deste modo, eliminando o quadro de desrespeito à obrigação internacional do Brasil inscrita no art. 68 (1) da CADH e de violação a preceitos fundamentais da Constituição brasileira (art. 5º, §§ 1º e 2º e art. 4º, II; art. 7º do ADCT).

5. Mérito

5.1. Crimes contra a humanidade

Em homenagem ao brilhante voto do eminente Relator, Min. Rogerio Schietti, avanço na matéria para tratar do tema referente à possibilidade de tipificar as condutas descritas na inicial acusatória, ocorridas em 30/4/1981, como **crime de lesa-humanidade**, com o conseqüente reconhecimento de sua **imprescritibilidade**, em observância a **diplomas internacionais** com força de *jus cogens*.

Como é de conhecimento, o **conceito de crime contra a humanidade** se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, quando conseguiu o quórum de 60 países ratificando a convenção, sendo **internalizado** por meio do Decreto n. 4.388, de 25/9/2002.

A propósito, transcrevo o dispositivo em comento:

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;*
- b) Extermínio;*
- c) Escravidão;*
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;*
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;*
- f) Tortura;*
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;*
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;*
- j) Crime de apartheid;*
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.*

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;*
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;*
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam*

um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de apartheid" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n. 4.038/2008, que "dispõe sobre o crime de genocídio, **define os crimes contra a humanidade,**

os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências".

Nesse contexto, diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que **não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente**, sob pena de se violar o princípio da legalidade, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" - art. 5º, XXXIX, da CF.

Conforme lição da doutrina:

A legalidade é garantia voltada à proteção de direitos fundamentais ligados a valores diversos, em especial, liberdade, propriedade e segurança jurídica. O princípio da legalidade tem por objetivo limitar o poder do Estado de modo a impedir ações e medidas arbitrárias. Para isso, a Constituição confere ao Legislativo, órgão máximo da expressão da vontade popular, a função precípua de criar leis, as quais devem ser pautadas pelo critério da razoabilidade e elaboradas em conformidade com os preceitos constitucionais". (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 446).

Assim, não obstante a tendência em se admitir a configuração do **crime antecedente de organização criminosa** - antes da entrada em vigor da Lei n. 12.850/2013 - para configuração do crime de lavagem de dinheiro, em virtude da internalização da Convenção de Palermo, por meio Decreto n. 5.015/2004, prevaleceu o entendimento no sentido de que a definição de organização criminosa contida na referida convenção não vale para tipificar o art. 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/1998 - com redação anterior à Lei n. 12.683/2012.

A propósito:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em

pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (HC 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 7/2/2013)

No mesmo sentido são os precedentes desta Corte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.683/2012. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS. ATIPICIDADE. CRIMES ANTECEDENTES. SONEGAÇÃO FISCAL E DELITOS CORRELATOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo (AgRg no HC 473.442/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018). Nessa linha, a teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. (REsp 1252770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015). Salienta-se, também que, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RHC 130738/DF, não se pode admitir invocar a substituição do crime de organização criminosa por associação criminosa (art. 288 do CP), porquanto este não se achava incluído no rol taxativo da redação original da Lei 9.613/1990 (RHC 74.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016). Dessa forma, a denúncia deve ser rejeitada, por atipicidade, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro supostamente ocorridos até 09/07/2012. 2. (...). (AgRg no AREsp 1198334/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018).

Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a **tipificação** do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n. 4.388, porquanto **não há lei em sentido formal tipificando referida conduta**.

Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, **haja vista o princípio constitucional da irretroatividade**, previsto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, segundo o qual "**a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu**".

Por oportuno, cito lição da doutrina:

*Consagrado na maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos, com a finalidade de resguardar a incolumidade de situações definitivamente consolidadas de modo a preservar a segurança jurídica, o **princípio da não irretroatividade** esteve presente em quase todos os textos constitucionais brasileiros, exceto na Constituição de 1937. Tecnicamente, a formulação desse princípio consagra a proteção da clássica trilogia: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. (...). Consagrada na Constituição, vincula o intérprete e impede, com regra geral, a elaboração de leis com efeitos retroativos." (NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 447).*

Dessarte, não é possível, a meu ver, utilizar a tipificação de crime contra a humanidade trazida no Estatuto de Roma, na presente hipótese, **sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade**.

Apesar de a temática dos presentes autos não se referir à aplicação do Estatuto de Roma, considero pertinente trazer a contexto referidas considerações, uma vez que se referem a tratado efetivamente internalizado (posterior aos fatos).

5.2. Jus cogens

No que concerne aos tratados não internalizados, porém anteriores aos fatos, vou me ater à análise da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos

Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, por considerar que as conclusões relativas a esse diploma se aplicam igualmente aos demais.

Referida Convenção foi adotada pela Resolução n. 2.391 da Assembleia Geral da ONU, em 26/11/1968, e entrou em vigor em 11/11/1970, sendo, portanto, conforme já destacado, anterior aos fatos narrados na denúncia apresentada nos presentes autos, os quais datam de 30/4/1981. Contudo, mencionada Convenção **não foi ratificada** pelo Brasil.

Prevalece na jurisprudência que "os tratados em geral, inclusive os de direitos humanos, somente podem ser aplicados na ordem jurídica brasileira depois de serem promulgados na ordem interna. (...). As etapas da incorporação de um tratado são as seguintes: assinatura do tratado, ato que é de competência do Presidente da República; aprovação pelo Congresso Nacional, o que é feito mediante um decreto legislativo; **ratificação** e depósito; promulgação na ordem interna, o que ocorre por um decreto executivo do Presidente da República" (BARRETTO, Rafael. Direitos Humanos. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 93).

Ademais, a depender da forma como o tratado internacional de direitos humanos for incorporado, ele pode ter *status* constitucional ou supralegal. De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, o Supremo Tribunal Federal concluiu que o art. 5º, § 3º, da Constituição Federal revela que os tratados sobre direitos humanos, que não foram aprovados naqueles termos, não possuem *status* constitucional. Contudo, embora se tratem de normas infraconstitucionais, posicionam-se acima das leis, assumindo posição de **supralegalidade**.

Registrou-se, assim, que aos "diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, **estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna**. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação". (HC n. 88240, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 7/10/2008, DJe 23/10/2008).

A propósito:

*HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO FISCAL. PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO JUDICIAL INFIEL. PACTOS DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O Supremo Tribunal Federal, no emblemático julgamento dos Recursos Extraordinários n. 349.703 e 466.343, concluído no dia 3 de dezembro de 2008, decidiu, por maioria, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aos quais o Brasil aderiu sem seguir o procedimento previsto na Emenda Constitucional n. 45/2004 têm status supralegal, mesmo não sendo diretamente incorporados à Constituição Federal. 2. Considerou-se que o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, **norma constitucional não auto-aplicável**, a despeito de não ter sido revogado pela ratificação dos Pactos de São José da Costa Rica e Internacional sobre direitos civis e políticos, **teve sua aplicabilidade obstada, porquanto do caráter supralegal desses tratados decorre um "efeito paralisante" à eficácia das normas infraconstitucionais regulamentadoras das hipóteses de prisão civil que lhes sejam contrárias**. 3. Naquela oportunidade, o STF estendeu a proibição da prisão civil por dívida às hipóteses de infidelidade de depósito de bens, tanto a decorrente de determinação judicial quanto a oriunda de contrato. Na ocasião, ao finalizar o julgamento do HC 87.585, a Suprema Corte determinou a revogação do seu verbete sumular n. 619: "A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura da ação de depósito". 4. **A nova orientação revela a evolução da jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de privilegiar o que vem sendo preconizado pela ordem jurídica internacional, no que se refere ao sistema de proteção dos direitos humanos, valorizando, na ordem constitucional e legal interna, a proteção e a dignidade da pessoa humana. Diante desse novel panorama, é inviável a prisão civil do depositário judicial. Precedente desta Turma.** 5. Ordem concedida. (HC 130.920/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 13/05/2009)*

Na hipótese, entretanto, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade **não foi ratificada pelo Brasil, não sendo internalizada nem como norma supralegal**. Nada obstante, no presente julgamento se pretende demonstrar que sua observância independe de ratificação, por se tratar de norma *jus cogens*, ou seja, conforme disposto no art. 53 da Convenção de Viena:

norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, o *jus cogens* "independe de ratificação. Quer dizer, ou é um costume internacional, respeitado e praticado, ou não é *jus cogens*. O *jus cogens* não é propriamente Direito positivado; é uma prática internacional generalizadamente reconhecida".

Oportuno, igualmente, citar manifestação do Ministro Luiz Fux, no mesmo julgamento, no sentido de que, "nesse particular, digamos assim, **talvez a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não é o Supremo Tribunal Federal**".

Relevante, anotar, independentemente do *status* que se atribua à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que, no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF, **considerou-se inaplicável o *jus cogens*, prevalecendo o entendimento no sentido de que a qualificação do crime como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição**, porquanto:

(a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e

(b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010).

Embora referido entendimento tenha sido proferido "por escassa maioria e em composição já modificada do Pleno", considero se tratar de manifestação **válida à qual se deve observância**, porquanto emanada do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, que, de fato, **talvez seja a melhor Corte para dizer se o *jus cogens* se aplica ou não**.

Ademais, uma leitura atenta dos votos proferidos no julgamento da Extradicação n. 1.362/DF revela que o então Relator, Ministro Edson Fachin, deferiu o pedido, **mesmo considerando que os crimes estariam prescritos no Brasil**, por entender que a imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade deveria se sobrepor ao requisito da dupla punibilidade.

Considerou, assim, que:

(...) a manutenção do entendimento segundo o qual a prescrição deve ser verificada apenas de acordo com o disposto na lei brasileira tem o resultado de transformar o país em um abrigo de imunidade para os autores das piores violações contra os direitos humanos. Tal interpretação não apenas viola a jurisprudência da Corte Interamericana, cuja obrigatoriedade da jurisdição foi declarada pelo Governo da República Federativa do Brasil em 10 de dezembro de 1998, como também esvazia o sentido do princípio fixado no art. 4º, II, da Constituição Federal.

Instado a aclarar seu voto, registrou que "se a matéria for apreciada ou fosse - e estou sugerindo que não o seja - à luz da legislação penal comum no Brasil, chegaríamos a um resultado do reconhecimento da prescrição. O que estou sugerindo nesta hipótese é que não incide essa regra, considerando os seguintes requisitos: os delitos são considerados imprescritíveis, expressamente pelo Estado requerente, e essa imprescritibilidade é coerente com norma de Direito Internacional, constante de tratado internacional que o Brasil, na sua Constituição, reconheceu o caráter de supralegalidade. Esse é o resumo".

O Saudoso Ministro Teori Zavascki inaugurou a divergência, destacando não ser possível considerar o mesmo crime prescrito pelas leis brasileiras e ao mesmo tempo não prescrito pelas leis internacionais. Assim, registrou em seu voto que "**somente lei interna (e não convenção internacional, muito menos aquela sequer subscrita pelo Brasil) pode qualificar-se, constitucionalmente, como a única fonte formal direta, legitimadora da regulação normativa concernente à prescritibilidade ou à imprescritibilidade da pretensão estatal de punir, ressalvadas, por óbvio, cláusulas constitucionais**

em sentido diverso, como aquelas inscritas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º de nossa Lei Fundamental".

A propósito, transcrevo a ementa do referido julgado:

*EXTRADIÇÃO REQUERIDA PELA REPÚBLICA ARGENTINA. DELITOS QUALIFICADOS PELO ESTADO REQUERENTE COMO DE LESA-HUMANIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SOB A PERSPECTIVA DA LEI PENAL BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO AO REQUISITO DA DUPLA PUNIBILIDADE (ART. 77, VI, DA LEI 6.815/1980 E ART. III, C, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO). INDEFERIMENTO DO PEDIDO. 1. Conforme pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extraditacional” (Ext 683, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 21.11.2008). Nessa linha, tanto o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, VI), quanto o próprio tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado requerente (art. III, c), vedam categoricamente a extradição quando extinta a punibilidade pela prescrição, à luz do ordenamento jurídico brasileiro ou do Estado requerente. 2. O Estado requerente imputa ao extraditando a prática de delito equivalente ao de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), durante os anos de 1973 a 1975, e, no ano de 1974, de crimes equivalentes aos de sequestro qualificado (art. 148, § 2º, do Código Penal) e de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal). Evidentemente, todos esses delitos encontram-se prescritos, porquanto, desde sua consumação, transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo previsto no Código Penal, equivalente a 20 (vinte) anos (art. 109, I). Não consta dos autos, ademais, que se tenha configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição. 3. **A circunstância de o Estado requerente ter qualificado os delitos imputados ao extraditando como de lesa-humanidade não afasta a sua prescrição, porquanto (a) o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, nem aderiu a ela; e (b) apenas lei interna pode dispor sobre prescritibilidade ou imprescritibilidade da pretensão estatal de punir** (cf. ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, voto do Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Dje de 6.8.2010). 4. O indeferimento da extradição com base nesses fundamentos não ofende o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (Decreto 7.030/2009), uma vez que não se trata, no presente caso, de invocação de limitações de direito interno para justificar o inadimplemento do tratado de extradição firmado entre o Brasil e a Argentina, mas sim de simples incidência de limitação veiculada pelo próprio tratado, o qual veda a concessão da extradição “quando a ação ou a pena já estiver prescrita, segundo as leis do Estado requerente ou*

requerido” (art. III, c). 5. Pedido de extradição indeferido. (Ext 1362, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-175 DIVULG 24-08-2018 PUBLIC 27-08-2018).

Nessa linha de inteligência, ainda que se admita o *jus cogens*, o controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de aferir se a legislação infraconstitucional está em dissonância com o disposto no tratado internacional sobre direitos humanos, deve se harmonizar com os princípios e garantias constitucionais. Com efeito, **não se pode perder de vista que o tratado possui *status* supralegal, porém infraconstitucional, porquanto não internalizado nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.**

Conclusão em sentido contrário violaria não apenas o disposto no referido dispositivo da Constituição da República, mas também a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal sobre o *status* dos tratados sobre direitos humanos, bem como **inviabilizaria o exame dos temas pelo Superior Tribunal de Justiça.**

Dessa forma, caso se admita a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens*, na contramão do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Extradição n. 1.362/DF, inevitável compatibilizar o controle de convencionalidade com o disposto na Constituição Federal.

5.3. Controle de convencionalidade

Nas palavras do eminente Relator, registro que o controle de convencionalidade, de fato, "há de caminhar *pari passu* com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo".

Assim, considerando se estar diante de controle sobre Convenção admitida como *jus cogens*, entendo que sua observância na ordem jurídica interna se legitima a partir do disposto no **art. 5º, § 2º, da Constituição Federal**, o qual dispõe que "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".

Nesse contexto, diante do princípio da **unidade da constituição** - o qual impõe a necessidade de harmonização de eventuais contradições existentes entre as normas constitucionais -, bem como do princípio da **máxima efetividade** - que visa conferir a maior efetividade possível aos direitos fundamentais -, entendendo que a **observância aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos deve ser compatibilizada com o princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade**. Assim, a aplicação da Convenção não poderia tipificar crimes nem alcançar fatos anteriores à Constituição de 1988, que legitimou sua aplicação.

A admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens*, com incidência sobre fatos anteriores à própria promulgação da Constituição Federal de 1988, mesmo sem adesão do Brasil, poderia revelar verdadeira afronta à própria **soberania estatal** e à **supremacia da Constituição da República**. Assim, a meu ver, apenas o Supremo Tribunal Federal poderia reconhecer referida incidência.

Portanto, admitida a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça exercer o controle de convencionalidade na presente hipótese, esse exame deve observar os princípios e garantias constitucionais, em especial o **princípio da legalidade e da irretroatividade**, conforme já explicitado com relação ao Estatuto de Roma, sob pena de se subverter por completo o ordenamento jurídico pátrio, ofendendo inúmeros outros direitos fundamentais, a pretexto de protegê-los.

5.4. Imprescritibilidade

Não se coaduna, igualmente, com a ordem constitucional vigente, admitir a paralisação da eficácia da norma que disciplina a prescrição, com o objetivo de **tornar imprescritíveis** crimes contra a humanidade, por se tratar de norma de direito penal que demanda, da mesma forma, a existência de **lei em sentido formal**. Ademais, se deve igual observância ao princípio da irretroatividade.

Como é cediço, os princípios constitucionais são os vetores do Estado Democrático de Direito, o qual "jamais poderia consolidar-se, em matéria penal, sem a expressa previsão e aplicação do **princípio da legalidade**, consistente no seguinte preceito: 'não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal' (art. 5º, XXXIX). Observa-se, ainda, estarem inseridos no mesmo dispositivo outros dois importantes princípios penais: a **anterioridade** e a **taxatividade**". (NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais e processuais penais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 92).

Registro, ainda, no que concerne ao instituto da imprescritibilidade, que a Constituição Federal dispõe serem imprescritíveis, nos termos do art. 5º, incisos XLII e XLIV, apenas a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Para parcela da doutrina, o reconhecimento da imprescritibilidade na própria Constituição Federal, no dispositivo que trata dos direitos e garantias individuais, revela que o instituto da prescrição deve ser encarado como direito fundamental. Assim, a inclusão de outros crimes encontraria óbice no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.

De fato, "a chamada 'Constituição Cidadã' busca a construção de uma **sociedade livre e justa**, conferindo amparo a um **vasto rol de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos**. Em um Estado de Direito, deve ser equilibrada pela lei a relação entre o Estado e os cidadãos, como forma de garantir que estes não serão vítimas do arbítrio do poder coercitivo estatal. Nesse sentido, a imprescritibilidade ameaça as **garantias fundamentais de segurança jurídica e até mesmo da ampla defesa**, pois submete o cidadão à **eterna ameaça da repressão estatal**, sem preocupar-se com os efeitos do tempo sobre os elementos probatórios que envolvem os fatos criminosos, sobre o acusado e sobre a repercussão social do crime". (CALIXTO, Clarice Costa. Breves reflexões sobre a imprescritibilidade dos crimes de racismo. Revista Eletrônica do Curso de Direito Da UFSM julho de 2010 – Vol. 5, N.2. p. 24 e 27).

Realmente, a prescrição penal é "instrumento de concretização do princípio da **segurança jurídica**. Sua aplicação é justificada por fundamentos teóricos historicamente construídos, baseados na reflexão sobre os efeitos do tempo na realidade social e no mundo do direito. Contra uma regressiva propensão de eternização, típica de ordenamentos da Antiguidade, os defensores da prescrição associam o tempo à ideia de mudança, à necessidade de o homem admitir sua finitude e mortalidade. 'Há muito esquecimento na memória e muita memória no perdão', afirma François Ost. (OST, 2005, p.19). (...). Historicamente, a busca ou nostalgia da eternidade gerou ideologias totalitárias, que interpretam o indivíduo e sua conduta de maneira reducionista, autoritária." (CALIXTO, Clarice Costa. *Ibidem*).

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, citado pela doutrina, "o instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações – como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade – gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato" (SANTOS. Christiano Jorge Santos. Prescrição penal e imprescritibilidade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 84).

Nessa linha de intelecção, ainda que não se atribua qualquer valor constitucional à prescrição penal, não se pode perder de vista que se trata de norma de **direito material penal**, a qual depende, portanto, de lei interna em sentido formal para ser alterada. Portanto, considero não ser possível tornar inaplicável o disposto no art. 107, inciso IV, do Código Penal (**norma violadora e não violada**), em face do disposto na Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, sob pena de se vulnerar o **princípio constitucional da legalidade e da irretroatividade, bem como a própria segurança jurídica**, com consequências igualmente graves, em virtude da mitigação de princípios relevantes à própria consolidação do Estado Democrático de Direito.

5.5. Tipificação

Caso superada toda a argumentação no sentido da impossibilidade de se tipificar uma conduta como crime contra a humanidade, com sua consequente imprescritibilidade, sem lei penal anterior, **por afronta a princípios constitucionais**, reitero não ser possível aferir, na via eleita, se os fatos narrados se inserem na categoria de crime contra humanidade.

Com efeito, o Tribunal de origem, ao analisar as condutas trazidas na inicial acusatória, considerou que "a narrativa dos fatos e os elementos que os revestem, apesar de mostrarem que tudo aquilo realmente aconteceu daquela forma, e que o IPM não apurou com profundidade e exatidão o que aconteceu, a meu ver, afastam o delineamento necessário que transforma tais fatos em crimes contra a humanidade" (e-STJ fl. 290).

Consignou, outrossim, o voto do eminente Des. Federal Abel Gomes que (e-STJ fl. 291):

A política oficial era de abertura política e não de repressão política violenta. Parece-me que isso se evidencia á época porque o AI -5 fora revogado em 78. Em 79 houve toda uma discussão em torno da edição da lei da anistia, que foi negociada entre os dois lados, segundo registros históricos, e, de certa forma, até por mim vivenciada. Em 79 eu tinha 20 anos, em 81 eu tinha 21 anos e estava presente ao show do Riocentro. Há mais nisso aí: em 81 já haviam retomado ao País vários daqueles protagonistas de ações contrárias ao regime militar que se estabelecera em 64. Alguns deles já se assanhavam candidatos e outros praticamente eleitos, senão eleitos. Em 82 assumiu no Estado do Rio de Janeiro o Governador Leonel Brizola, que em 81 já estava no Brasil.

O show do Riocentro, como é dito na denúncia, embora não frequentado e embora não sendo um show partidário - não era um show de um partido, era um show ao qual várias pessoas foram, pessoas de militância, pessoas alienadas, pessoas drogadas, pessoas amantes do rock nacional ou da música popular brasileira -, era um show de música popular, embora com fundos, como foi dito aqui, voltados para o Partido Comunista do Brasil.

Concluiu, dessa forma, que "não há como imputá-los ao Estado brasileiro de então e nem aos agentes que oficialmente representavam a política de

abertura que estava em voga e se dirigia a caminho da abertura. Não se podia imputá-los aos chefes do seu Executivo nem à grande maioria de seus órgãos integrantes dos poderes constituídos e suas instituições daquele período" (e-STJ fl. 296).

Assim, desconstituir a conclusão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que possui amplo espectro de cognição dos fatos e provas juntadas aos autos, demandaria o revolvimento dos fatos e das provas carreados aos autos, o que é vedado na via eleita, nos termos do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Reafirmo que o Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma terceira instância recursal, porquanto sua missão constitucional é a uniformização da jurisprudência e não a aferição da justiça da avaliação dos fatos realizada pela Corte local. Dessarte, a violação de dispositivos legais deve ser aferível **sem a necessidade de reexame fático-probatório, o que não se revela possível na hipótese dos autos.**

6. Conclusão

Não obstante o brilhantismo do voto proferido pelo eminente Relator, entendo que a admissão da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como *jus cogens* não pode violar princípios constitucionais, devendo, portanto, harmonizar-se com o regramento pátrio.

Firmo minha posição, nesse sentido, não em desatenção aos Direitos Humanos, os quais me são muito caros, assim como devem ser a todos, mas antes em observância às normas máximas do nosso ordenamento jurídico, consagradas como princípios constitucionais, que visam igualmente resguardar a dignidade da pessoa humana, finalidade principal dos Direitos Humanos.

Ressalto, mais uma vez, que o guardião da Constituição Federal, ao analisar o *status* dos tratados internacionais sobre direitos humanos, os classificou como normas supralegais, porém infraconstitucionais, salvo se "aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos

dos votos dos respectivos membros", ocasião em que serão equivalentes às emendas constitucionais.

Assim, ainda que se admita uma norma internacional como *jus cogens*, essa terá *status* infraconstitucional, devendo, portanto, harmonizar-se com a Constituição da República. Nesse contexto, em observância aos princípios constitucionais penais, não é possível tipificar uma conduta praticada no Brasil como crime contra humanidade, sem prévia lei que o defina, nem é possível retirar a eficácia das normas que disciplinam a prescrição, sob pena de se violar o princípio da legalidade e da irretroatividade, tão caros ao direito penal.

Registro, por fim, que o não reconhecimento da imprescritibilidade dos crimes narrados na denúncia não diminui o compromisso do Brasil com os Direitos Humanos. Com efeito, a punição dos denunciados, quase 40 anos após os fatos, não restabelece os direitos humanos supostamente violados, além de violar outros direitos fundamentais, de igual magnitude, em completa afronta a princípios constitucionais caros à República Federativa do Brasil (segurança jurídica, coisa julgada material, legalidade, irretroatividade, etc.).

7. Pedido subsidiário

No que diz respeito à alegada ofensa aos arts. 347 e 348, ambos do Código Penal, **verifico que a argumentação trazida no recurso especial não encontra óbice ao seu conhecimento.** Porém, no mérito, a insurgência não merece prosperar (Súmula n. 568/STJ).

Com efeito, o recorrente pretende demonstrar que os crimes de fraude processual e de favorecimento pessoal têm natureza de crime permanente, motivo pelo qual o prazo prescricional, com relação a ambos, ainda não teria se implementado.

A Corte local, ao analisar a matéria, assentou que (e-STJ fl. 298):

Eles exaurem no momento em que se possibilita favorecer pessoalmente alguém a escapar daquela apuração, ou que aquela prova dentro de um processo seja levada àquele conhecimento. A

cada vez que isso acontece o crime ocorre e se exaure naquele momento, não se perenizando no tempo. Portanto, tenho também, conforme a lição de Nucci - apenas para citar -, o dois também como instantâneos e também atingidos pela prescrição.

De fato, é assente na doutrina que ambos os tipos penais apontados pelo recorrente possuem natureza de crime instantâneo, cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prologando no tempo. (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.581 e 1.583).

No mesmo sentido:

*Consuma-se o crime de **fraude processual**, no lugar e no momento em que se completa com idoneidade, a ação de inovar artificiosa, mesmo que o juiz ou perito não seja induzido em erro. (...).*

Trata-se de crime (...); instantâneo (não há demora entre a ação e o resultado); (...).

(...).

*Consuma-se o **favorecimento pessoal** no lugar e no momento em que o sujeito ativo auxilia efetivamente o favorecido, ou, em outras palavras, ocorre a consumação com a simples ação de prestar auxílio, independentemente da produção do resultado pretendido, qual seja a efetiva subtração à ação da autoridade pública; aliás, não vemos como necessária à consumação do crime que o resultado do auxílio se concretize em "favor do favorecido", tratando-se, por conseguintes, de crime formal".*

Trata-se de crime (...); instantâneo (não há demora entre a ação e o resultado); (...). (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial 5. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 392 e 399/400).

Confirmam-se, ainda: Masson, Cleber. Código Penal Comentado, 7. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1.376 e 1.379; Prado, Luiz Régis. Comentários ao Código Penal. 10.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 1.173 e 1.176.

Da mesma forma, esta Corte já se manifestou no sentido de que "a fraude processual é crime **comum e formal**, não se exigindo para a sua consumação, que o Juiz ou o perito tenham sido efetivamente induzidos a erro,

bastando que a inovação seja apta, num primeiro momento, a produzir tal resultado". (HC 137.206/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, julgado em 1º/12/2009, DJe 1º/2/2010).

No mesmo diapasão, vale a pena conferir os seguintes julgados que reconheceram a prescrição nesses tipos de crimes instantâneos: AgRg no Ag 1333055/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 11/9/2013 e REsp n. 1307166/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, quinta TURMA, julgado em 27/8/2013, DJe 6/9/2013.

É, portanto, uníssona na doutrina, bem como na jurisprudência, a classificação dos referidos crimes como instantâneos, motivo pelo qual não é possível igualmente acolher o pleito subsidiário do recorrente.

8. Dispositivo

Ante o exposto, pedindo vênua ao eminente Relator, **conheço em parte** do recurso especial, para, nessa extensão, **negar-lhe provimento**.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator