

RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.362 - SP (2014/0233436-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **DIRCEU GRAVINA**
ADVOGADOS : **SALO KIBRIT - SP069747**
PAULO ALVES ESTEVES E OUTRO(S) - SP015193
SÉRGIO LUIZ VILELLA DE TOLEDO - SP012316

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que negou provimento à apelação do *Parquet*.

Consta nos autos que DIRCEU GRAVINA foi denunciado - juntamente com outro acusado, Carlos Alberto Brilhante Ustra, cuja punibilidade foi declarada extinta diante de seu falecimento -, como incurso nas sanções do art. 148, § 2º c/c o art. 29, ambos do Código Penal, porque, na qualidade de agentes do ditatorial estado brasileiro (1967-1985) teriam mantido privado de sua liberdade, desde o dia 6/5/1971, Aluísio Palhano Pedreira, mediante sequestro e grave sofrimento físico e moral à vítima, em contexto de ataque estatal generalizado e sistemático contra a população, conscientemente e com ajuste prévio.

A denúncia foi rejeitada, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal, sob o entendimento de que o recebimento da inicial acusatória implicaria na desconsideração, por via oblíqua, de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo concentrado de controle de constitucionalidade, bem como aceitação de uma tese comprovadamente dissociada da realidade.

Contra essa decisão, o Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito que restou desprovido, por maioria.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nas razões do presente apelo nobre, o *Parquet* alega violação do art. 619 do Código de Processo Penal, sob a alegação de que, não obstante a oposição dos embargos de declaração, o Tribunal deixou de enfrentar as questões relativas à constitucionalidade da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e à negativa de

vigência à Lei n. 9.104/1995 (Lei da Anistia).

Afirma que o acórdão atacado recusa a validade da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso conhecido como "Guerrilha do Araguaia", no qual o Estado brasileiro foi condenado pelo desaparecimento, nos anos 70, de vítimas que faziam oposição à ditadura e que estavam nessa região do Araguaia.

Refere que no julgamento do recurso em sentido estrito há referência ao entendimento do STF no julgamento da ADPF n. 153, mas argumenta que o controle realizado pela Suprema Corte na referida ação foi o de constitucionalidade, sendo que a apreciação da obrigação ditada pela Corte Interamericana do Estado brasileiro de remover os obstáculos jurídicos que têm impedido a investigação e a persecução penal dos responsáveis por esta categoria de crimes de Estado no período da ditadura militar é um controle de convencionalidade. E tal controle não foi realizado pelo STF.

Explica que a ação penal em questão visa cumprir os pontos resolutivos 3 e 9 da sentença da Corte Interamericana no caso Guerrilha do Araguaia, alegando não ser incompatível com a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 153.

Aduz que a recusa da validade da decisão da Corte Interamericana não vem explicitada no voto relator do julgamento do recurso em sentido estrito, encontrando-se implícita ao se refutar a aplicação da decisão sob o fundamento de que os autos versam sobre fatos anteriores a 10/12/1998, isto é, antes de ser reconhecida a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos do Brasil.

Alega que deve ser sanada a omissão na análise da constitucionalidade do art. 68.1 da Convenção, bem como a omissão acerca do prequestionamento realizado no recurso em sentido estrito quanto ao art. 5º, §§ 2º e 3º e art. 7º, da ADCT.

Argumenta que o acórdão, ao entender que o delito em questão estaria prescrito, contrariou a data estipulada pela Lei n. 9.140/1995 para o reconhecimento dos efeitos legais quanto ao falecimento das pessoas desaparecidas no período de 2/9/1961 a 5/10/1988, conforme disposto em seu art. 1º. Ressalta que o Relator do acórdão *a quo* optou por atribuir data meramente política ao momento da cessação da permanência do sequestro, desconsiderando-se a data atribuída por lei específica para o reconhecimento da morte da vítima.

Superior Tribunal de Justiça

Ressalta que o crime de sequestro ora imputado, diante do seu caráter permanente, não se subsume aos efeitos da Lei n. 6.683/1979 (Lei da Anistia), que abrangeria tão somente crimes políticos e conexos cometidos entre 2/9/1961 e 15/8/1979.

Relembra casos em que o STF se posicionou de forma a reconhecer a permanência do crime de sequestro enquanto não reconhecido, formalmente, o óbito, o que também deveria ser o caso de Aluízio Palhano Pedreira, pois, à míngua de uma sentença fixando data provável de seu óbito, deveria ser considerado vivo e, por consequência, não exaurido o crime de sequestro.

Sustenta que ainda que a Lei n. 9.140/1995 tivesse o condão de eliminar o bem jurídico tutelado pelo art. 148 do Código Penal, a morte presumida de Aluízio Palhano Pedreira teria ocorrido em 1995, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da regra de imprescritibilidade estabelecida em seu art. 5º, XLIV.

Requer, ao final, o provimento do recurso especial para se reformar o acórdão *a quo*, a fim de que a denúncia seja recebida.

Contrarrazoada a insurgência (e-STJ, fls. 1130/1145), após o juízo prévio de admissibilidade, os autos ascenderam a este Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo provimento do inconformismo (e-STJ, fls. 1166/1173).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.484.362 - SP (2014/0233436-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI(Relator): Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

Acerca do tema trazido à discussão no apelo nobre, assim restou assentado pela Corte *a quo, litteris*:

[...]

Neste breve esboço histórico, nota-se que o fim da ditadura militar foi fruto de diversos acontecimentos históricos impulsionados por uma atuação efetiva da população, que de forma gradual obteve avanços no caminho rumo à redemocratização.

Um desses avanços - e que ganhou destaque na história brasileira - foi o advento da já mencionada lei de anistia, dispondo em seu artigo 10: "É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares" e ensejando a libertação de presos políticos e o regresso de exilados.

Destarte, a partir da lei de anistia não se poderia conceber no país a existência de situação de privação de liberdade de alguém por motivo de perseguição política. E ainda que se alegasse não ser a lei de anistia verdadeiro divisor de águas, seria então a posse do primeiro presidente civil eleito após o golpe de 64, o que ocorreu no ano de 1985.

Observo que uma coisa seria a hipótese de pessoa que fora privada de sua liberdade por grupo ainda em atuação, como é o caso, para citar um exemplo sul-americano, das "FARC" (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), de sorte que seria plausível arguir a não localização da vítima como elemento de convicção para se sustentar a tese de não cessação da permanência delitiva; outra coisa seria imaginar que alguém, em algum lugar, permanece privado de sua liberdade por motivos políticos oriundos da ditadura militar brasileira desde 06 de maio de 1971, data apontada na denúncia como sendo o dia em que "integrantes da estrutura de repressão política lograram

Superior Tribunal de Justiça

localizar e sequestrar a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira", até os dias de hoje..

[...]

Nesta senda, para se acolher a tese ministerial, ter-se-ia que admitir duas situações absurdas, a saber, que a vítima Aluizio Palhano Pedreira ainda está privada de sua liberdade em decorrência de perseguição política desde a época da ditadura militar e que os recorridos detêm o poder de fazer cessar a conduta que lhes é imputada.

Consigno ainda que, considerando que a consumação do delito não se protraiu para além de 1979 ou, no máximo, de 1985, as normas constitucionais aplicáveis são as insculpidas na Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969, e não as da Constituição de 1988, não incidindo, portanto, o artigo 50, inciso XLIV, dispondo que "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", ressalvando-se que não havia norma de conteúdo similar no texto constitucional anterior.

Observo que entendimento diverso, descurando-se a real cessação da permanência e acolhendo-se alegação de caso "sui generis", que se deduz como se houvesse semelhante possibilidade de derrogação ao princípio da legalidade, como se o manejo de qualquer nomenclatura pudesse romper a fortaleza da reserva legal, ressalvada a inconsistência da analogia que se pretende com a hipótese de sequestro de bebês, implicaria em verdadeira "criação" por parte do magistrado de hipótese de imprescritibilidade, o que seria uma afronta ao princípio da segurança jurídica, pois significaria ignorar o arcabouço fático apresentado nos autos (apenas com o argumento de que é necessário que o corpo seja encontrado para fazer cessar a permanência delitiva, mesmo sendo faticamente impossível que a conduta imputada ainda esteja em fase de execução) e possibilitar a deflagração de persecução penal contra alguém a qualquer momento - daqui a 10, 20, 30, 100 anos -, simplesmente ignorando os prazos prescricionais previstos no Código Penal que se vinculam à consumação do delito conforme definido na lei penal. Opõe-se a tal possibilidade exatamente o Estado Democrático de Direito.

Sublinho, a propósito, que não se olvida que inúmeros foram os atos arbitrários praticados durante o regime da ditadura militar, entre prisões, sessões de tortura, assassinatos e vários outros. A questão é que o Direito Penal somente pode atuar na forma e dentro dos limites previstos em lei, independentemente de motivações de cunho político e social, não se podendo descurar de princípios básicos sem os quais o Estado Democrático de Direito também estaria

ameaçado. Com efeito, não se pode conceber uma democracia onde não haja normas preestabelecidas e, sobretudo, que valham para todos, sem distinção, pois onde não há regras claras abre-se espaço para arbitrariedades, justamente o que a população tanto lutou contra.

Concluo, enfim, não ser possível fática e juridicamente, desde a edição da lei de anistia - em 1979 - ou, ao menos, da eleição do primeiro presidente civil após a ditadura militar - em 1985, cogitar de delito cuja consumação ainda se protraí.

Sem embargo disto, que já seria suficiente, passo a analisar algumas específicas alegações do recorrente.

Alega o Ministério Público Federal que não há se falar em morte presumida ou em presunção de morte e que a decisão impugnada negou vigência ao artigo 158 do Código de Processo Penal e também: "ora, imagine-se que o caso não tivesse qualquer ligação com a Lei de Anistia e não houvesse que se falar em prescrição. Imagine-se que o Ministério Público, na mesma hipótese, fizesse a denúncia por homicídio utilizando-se dos argumentos acima para dizer que a vítima está morta. Certamente a denúncia, do mesmo modo, não seria recebida, pois meras conjecturas, ainda que apoiadas em "regras de experiência e de bom senso", não são suficientes para se provar de quem quer que seja em um processo criminal".

Uma consideração a ser feita ao início é que não é possível encontrar a solução para um caso concreto com meras especulações acerca de qual seria o entendimento do magistrado se outra houvesse sido a linha de raciocínio adotada pela acusação.

Mas não é só. A conclusão ora alcançada de que não é possível falar-se em delito cuja permanência ainda não cessou não está alicerçada apenas em "regras de experiência e de bom senso", mas em fatos históricos devidamente registrados.

E quanto à hipótese de homicídio, este por óbvio somente poderia ter sido cometido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais excogitar de privação da liberdade, a saber, a edição da lei de anistia ou, no máximo, a eleição do primeiro presidente civil na Nova República, razão pela qual a conclusão também seria pela ocorrência da prescrição.

Com essa observação, verifica-se que está prejudicada a alegação de violação ao artigo 158 do Código de Processo Penal e a inconsistência da alegação de que, ainda que se conclua pela inadequação da tipificação da conduta como sequestro, seria possível a aplicação dos institutos previstos nos artigos 383 ou 384 do Código de Processo Penal, que consagram a "emendatio" e a "mutatio libelli".

Superior Tribunal de Justiça

Neste quadro, qualquer que fosse a capitulação do delito já haveria transcorrido o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos).

Também alega o Ministério Público Federal que a hipótese dos autos é "sui generis", pois, a rigor, não está se falando de uma vítima em cativeiro, com sua liberdade de ir e vir tolhida, tal como consta do artigo 148, do Código Penal brasileiro, mas que "isso não significa que a conduta praticada não se amolde ao tipo penal", ainda dizendo que "no caso de sequestro de bebês, não há nenhuma vítima em cativeiro e com sua liberdade de ir e vir tolhida. Mas é irrefutável que tal fato criminoso precisa encontrar uma resposta no ordenamento jurídico penal".

Primeiramente anoto que o referido caso de sequestro de bebês diz respeito a situação totalmente diversa da tratada na hipótese dos autos, ainda observando que se a conduta incriminada é "Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou carcere privado", para que se considere que a, consumação do delito continua se protraindo de algum modo a vítima precisa estar sendo privada de sua liberdade e, no caso em exame, não há a mais ligeira possibilidade disso estar acontecendo em decorrência dos fatos históricos, conforme já também exposto.

Também é de ser prontamente rechaçada qualquer idéia de deflagração de persecução penal apenas com vistas a se encontrar uma "resposta" no ordenamento jurídico, sob pena de violação de princípios há muito consagrados, como o da legalidade e da taxatividade.

No que tange a alegação de que o delito do artigo 148 do Código Penal tutela, além da liberdade individual, outros bens jurídicos, como o direito à memória, o direito ao luto e o direito de enterrar os mortos, concluindo que a conduta não cessa enquanto o corpo não for devolvido aos familiares, forçoso trazer à baila a noção de consumação delitiva que, segundo Damásio, "expressa a total conformidade do fato praticado pelo agente com a hipótese abstrata descrita pela norma penal incriminadora" ("Direito Penal - Parte Geral", 10 v., ed. Saraiva, 2008, p. 327), sendo desnecessárias maiores considerações para se concluir que não é o bem jurídico tutelado que tipifica o delito e define o momento consumativo.

Com relação aos precedentes do Supremo Tribunal Federal mencionados pelo recorrente (Extradição 974-O e Extradição 1.150) para respaldar sua tese, são necessárias algumas considerações.

Quanto ao pedido de extradição nº 974-O, formulado pelo Estado argentino, verifica-se no relatório apresentado pelo Ministro Marco Aurélio, que os fatos narrados dizem respeito ao desaparecimento de Adalberto Waldemar Soba

Fernandez, ocorrido em 1976 na Argentina, e "segundo o Estado requerente, o extraditando - Major do Exército uruguaio -, tomando parte da denominada "Operação Condor" - identificada como "uma organização terrorista, secreta e multinacional para caçar adversários políticos" dos regimes militares, do Brasil, Argentina, Chile, Uruguai, Paraguai e Bolívia, nas décadas de 1970 e 1980, teria participado de ações militares que resultaram no seqüestro de pessoas levadas para uma fábrica abandonada e submetidas a interrogatórios e torturas".

Consta também que, após o início do julgamento, houve aditamento ao pedido de extradição, destacando-se o seguinte excerto do aditamento ao voto do Relator: "Consoante se depreende das peças anexadas, o extraditando, juntamente com outros militares uruguaios, teria subtraído o então menor de idade Simon Riquelo - hoje identificado como Aníbal Armando Parodi -, com 20 dias de idade, em 13 de julho de 1976, na cidade de Buenos Aires. O delito estaria enquadrado no artigo 146 do Código Penal argentino. Afirma-se o envolvimento de crime permanente cujos efeitos teriam cessado em 18 de março de 2002, quando A nível Armando Parodi conheceu a verdadeira identidade. Da, na origem, haver-se assentado a não-incidência do lapso prescricional".

Quanto ao pedido de extradição nº 1.150, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, consta do relatório que "se noticia ser imputada ao Extraditando a prática dos crimes de "homicídio agravado por aleijosia e pelo número de participantes e desaparecimento forçado de pessoas em concurso real, previstos e sancionados pelo[s] artigo[s] 80, incisos 2º e 6º, 141, 142, inciso 50 [e] 55, todos do Código Penal Argentino ", asseverando a relatora em seu voto, com menção à Extradição n' 974, que "não ocorreu a prescrição da pena referente ao crime de "desaparecimento forçado de pessoas" ou de "seqüestro qualificado ", sob a análise da legislação de ambos os Estados, o parecer ministerial guarda perfeita consonância com a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o crime de sequestro qualificado tem natureza permanente e, por isso, o prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência, não da data do início do seqüestro".

São julgados do Supremo Tribunal Federal versando fatos na teoria apresentando pontos de comunicação com os dos presentes autos, aqui e alhures tratando-se de crimes imputados a regimes militares, praticados nas décadas de 1960 e 1970. Ocorre de não haver unanimidade de pensamento, muita discussão e divergências havendo e também não se podendo descurar que os casos analisados pelo Pretório Excelso o foram em processos de extradição,

destarte versando delitos praticados em local regido por outro ordenamento jurídico. Se, como leciona Yussef Said Cahali ("Estatuto do Estrangeiro", edição de 1983, p. 329), tendo em mira critérios para julgamento dos pedidos de extradição, "dificuldade, porém, exsurge, quando não há coincidência integral quanto aos elementos que compõem a figura delituosa em uma e em outra legislações, nem há correspondência quanto ao nomen iuris" e que "sob esse aspecto, não se mostra viável a formulação de princípios apriorísticos que possibilitem a solução de eventuais dúvidas", hipótese de que, aliás, parece haver sinal concreto no caso, ao aduzir a relatora que "pelo que se tem na legislação argentina, o crime previsto nos arts. 141 e 142, inc. 5º, do Código Penal tem a natureza dos delitos de "lesa-humanidade", que "por constituírem] graves violações aos direitos humanos - revestem também o caráter de imprescritíveis" (fl. 130)", com maior razão a meu juízo vale a recomendação na perspectiva de extensão a casos diversos da extradição.

Estamos, enfim, no Brasil, tratando-se de imputação de delito praticado no Brasil, com seus fatos sociais e sua história, suas leis e sua ordem jurídica, e precedente do Supremo Tribunal Federal que rigorosamente se amoldasse ao caso destes autos e que decidisse em favor da acusação afastando a linha de interpretação que ora sustento, isto não vejo nos autos. Para decidir-se, no caso; com fundamento na força de qualquer precedente, seria preciso que o Supremo Tribunal Federal já tivesse, se manifestado não em julgamento de extradição, mas de denúncia pela Justiça Pública brasileira. E jurisprudência desse teor e valor, não há.

Destarte, as alegações ministeriais não têm o pretendido alcance de afastar a conclusão pela ocorrência da prescrição.

Há coisas que por si mesmas se dão a conhecer e poucas palavras bastariam para refutação da tese da acusação que se desenvolve como se houvesse lugar na ordem jurídica para punição como consequência não do fato mas de uma ficção.

E toda a fragilidade da iniciativa tomada pelo Ministério Público Federal se patenteia de forma mesmo dramática quando sustenta uma tese que não pode admitir que a execução do delito tenha se interrompido mas que não consegue levar sua empreitada contrária à verdade dos fatos ao ponto que por lógica seria coerente com a tese, a saber, tomar providências para que a vítima fosse libertada do cativo.

Ofenderia o senso do ridículo, seria burlesco acionar os órgãos policiais do país redemocratizado para "estourar" um

cativeiro da ditadura que por sua vez já acabou há cerca de três décadas. A esse extremo não chega o Ministério Público Federal porque, em última análise, a persecução deliberada não se arrima em fatos, mas numa abordagem ficcional, onde simplesmente não se toma em consideração o fato da libertação dos presos políticos, do retorno dos exilados, do desmantelamento dos órgãos de repressão, enfim do elemento fundamental que se encerra no fato da queda do regime militar, e o engenho é falar como se o direito penal com que estamos familiarizados e julgamos conhecer não era exatamente o que pensávamos e que só agora é revelado ao mundo na denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal.

Que o aventado sequestro é delito que não permanece em sua execução é verdade que se extrai do fato de ser um crime da ditadura militar que por sua vez acabou e um crime da ditadura militar não poderia sobreviver à própria ditadura militar.

O delito, então, não terá permanecido até a entrada em vigor da Constituição de 1988 decretando a imprescritibilidade.

Este o foco da questão na análise que faço e qualquer argumento que não se aplique diretamente à asserção de que a privação da liberdade da vítima com ou sem o evento morte não poderia ocorrer em época posterior ao fim da própria ditadura militar e de seu aparato repressivo terá o caráter de mera tergiversação. A ditadura militar, o regime de exceção instaurado com o golpe de 1964 acabou e nunca também se teve notícia de qualquer grupo dissidente, contrário à devolução do poder aos civis e à redemocratização do país, que continuasse em atividade, sequestrando e matando opositores do regime militar e tampouco que fosse integrado pelos ora denunciados.

São evidências, portanto, de inexistência de delito perseguível, de pretensão punitiva que não tivesse sido atingida pela prescrição, assim, sem descumprimento à ordem jurídica do país, não se viabilizando a acusação formulada.

A verdade dos fatos contraria a tese do Ministério Público Federal pretendendo que por não ter sido encontrado o corpo não há se falar em morte e que portanto o delito permaneceu. A idéia de que o delito permanece enquanto viva ou morta não aparece a pessoa sequestrada pode ser válida mas na ausência de evidências em contrário que, porém, apresentam-se no caso, e assim decai em ficção.

A propósito observo que se no aludido caso de sequestro de bebês a hipótese for de evidências demonstrando a impossibilidade fática de a vítima ainda estar privada de sua

liberdade e tendo transcorrido o prazo prescricional * estabelecido em lei, cabera a mesma solução que ora proponho ao caso dos autos.

O significado da exegese em que busca apoio a acusação é somente de que a conduta punível prevista em lei, que é de "privar alguém de sua liberdade mediante sequestro ou cárcere privado", não se materializa necessária e exclusivamente com a manutenção da vítima em cativo, em confinamento, noção insuficiente para o caso, que não serve aos fins colimados pela acusação, porque nestes autos assomam evidências de que sob qualquer forma a vítima não poderia mais estar sob o poder dos sequestradores depois de determinado marco temporal, o que o Ministério Público Federal faz sendo isolar a interpretação da desnecessidade da manutenção em cativo como se bastasse para sua extensão ao caso dos autos, que não se cinge ao fato do sequestro e desaparecimento da pessoa mas inclui fato outro e incontestável do desmantelamento do aparato repressivo do regime militar, após o que não se possibilitaria a permanência do sequestro e do mesmo modo o assassinato da vítima.

Uma outra maneira de análise da argumentação ministerial está na consideração de que a manutenção em cativo, abstratamente falando, pode não ser o único modo de execução do delito, mas no caso, que não é de sequestro de nenhum infante, mas de pessoa adulta, por motivação política, tendo como responsáveis agentes do regime militar, não poderia permanecer a vítima sequestrada fora da hipótese de confinamento em instalação do aparelho repressivo do mesmo regime militar.

Isto estabelecido, cabe perguntar se alguém pode imaginar que, enquanto a Nova República se instalava e começava seu ciclo no país algum agente da ditadura militar tivesse sob seu poder ou assassinasse qualquer opositor do regime de exceção.

Ressalvo que ainda que assim não se entenda, para a hipótese de não ter sido a vítima' assassinada mas escapado viva, a situação superveniente que se concebesse suscetível de configurar o sequestro teria primeiramente de ser esclarecida e comprovada pela acusação, aplicada a regra do ônus da prova previsto na lei processual penal, que não se derroga por proclamações unilaterais da parte, porque não têm força de lei, e caberia à acusação apurar os fatos supervenientes e não fundar sua imputação de sequestro pura e simplesmente no desaparecimento da vítima, que de sequestro, no caso, é pura ficção.

Assim, não há delito perseguível, tendo transcorrido,

inclusive, o maior prazo prescricional previsto no Código Penal, de vinte anos.

Registro, por oportuno, que a ocorrência da prescrição enseja a rejeição da denúncia por falta de condição da ação, a saber, interesse de agir, entendimento este acolhido em recente precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo-se excerto do voto da Relatora, Ministra Nancy Andrichi, e a ementa:

[...]

A ordem de fundamentação ora expendida concluindo pela ocorrência da prescrição já seria suficiente para manter a decisão que rejeitou a denúncia. Mas ainda há o fato de que, não tendo a consumação do delito se protraído para além da lei de anistia, como demonstrado, ser-lhe-iam aplicáveis as normas da referida lei.

Quanto à constitucionalidade ou não do diploma legal, o recorrente, depois de num primeiro momento afirmar à fl. 740 que "Não o está o MPF [...] questionando a constitucionalidade da Lei 6.683/79", sustenta a inoponibilidade da anistia e aduz que o magistrado "a quo" descumpriu decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que se alega ter concluído, no julgamento caso Gomes Lund, pela inaplicabilidade da lei de anistia (fls. 741/742).

Aduz ainda o recorrente que a decisão da Corte Interamericana é superveniente ao julgamento da ADPF 153, no qual o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da lei de anistia, e que o Brasil se obrigou a cumprir as decisões da Corte Interamericana, nos termos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

A meu juízo, o que se desvela determinante é que decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental têm eficácia "erga omnes" e efeito vinculante, ou seja, "atinge [mi todos] e "atrela[m] os demais órgãos do Poder Público" ("Curso de Direito Constitucional", Uadi Lammêgo Bulos, editora Saraiva, 2011, p. 332).

E o que prevê o artigo 10, §3º, da Lei 9.882/99 que, em atendimento ao disposto no artigo 102, §1º, da Constituição Federal, regula o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, para melhor compreensão destacando-se o teor dos referidos artigos:

"Art. 10. [...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público."

"Art. 102. [...]

Superior Tribunal de Justiça

§ 1. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei."

Não vislumbro, portanto, outra alternativa ao magistrado senão o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, tanto que, caso contrário, caberia reclamação, na forma do artigo 102, inciso I, alínea "I" da Constituição, "verbis":

"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; [...]"

Desta feita, eventual revisão da decisão proferida na ADPF 153 caberia ao próprio Supremo Tribunal Federal. Essas considerações já seriam suficientes, mas ainda há outras.

Sem compromisso com a rica discussão doutrinária acerca do "status" dos tratados internacionais sobre direitos humanos, é de se registrar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos - órgão jurisdicional do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos e previsto na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - possui competência consultiva e contenciosa, sendo que esta última, conforme ensina Valerio Mazzuoli, é facultativa e "limitada aos Estados-partes da Convenção que reconheçam expressamente a sua jurisdição" ("Curso de Direito Internacional Público", editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 538).

É o que se depreende do teor do artigo 62 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

"Artigo 62 - 1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. [...]"

O Brasil promulgou a referida Convenção em 1992, por meio do Decreto 678 e, em 2002, promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2002, através do

Decreto 4.463, mas o fez sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, nos termos do artigo 1º.

"É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à, interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998."

Assim, ainda que se acolhesse a tese de que decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser observadas mesmo existindo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, não se aplicaria ao caso dos autos porquanto versa sobre fatos anteriores a 10 de dezembro de 1998.

Em suma, a linha mestra de fundamentação deste voto desenvolve-se na consideração do processo de redemocratização do país, com a libertação dos presos políticos, retorno dos exilados, desmantelamento dos órgãos de repressão e fim do regime militar e de que o delito não podia perdurar depois desse momento histórico, quanto à hipótese do evento morte que somente poderia ter ocorrido em momento anterior àquele a partir do qual não se poderia mais cogitar de privação da liberdade, neste quadro não incidindo a regra insculpida no artigo 50, inciso XLIV, da Constituição de 1988, a qual não pode retroagir, e em respeito ao Estado Democrático de Direito não se podendo deixar de reconhecer a ocorrência da prescrição, transcorrendo inclusive o maior prazo prescricional previsto no Código Penal (vinte anos), o que seria suficiente para manter a decisão de rejeição da denúncia, mas também havendo a incidência da Lei de Anistia, e que são evidências que contrariam a acusação, que por sua vez não se fundamenta em fatos mas em abordagem ficcional para sustentar o contrário. Aprofundando a síntese: o crime de sequestro ou de morte que no caso com provas pode ser sustentado é da época do regime militar e está prescrito e o que sucedeu e não prescreveu é atípico, não caracteriza permanência de delito, porque não há no Brasil crime de sequestro ficto nem de desaparecimento de pessoa, ante a falta de ratificação do que a propósito se prevê em Convenção, conforme observado pelo Ministro Marco Aurélio no citado julgamento do pedido de extradição de sua relatoria, e tampouco a possibilidade

de aplicação retroativa sem transgressão à Constituição, ao preceituar que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Não há, enfim, o menor traço de plausibilidade e viabilidade, fática e jurídica, na deflagração de uma persecução penal na hipótese dos autos e deve ser mantida a decisão que rejeitou a denúncia. (e-STJ, fls. 1022/1033).

Após o julgamento do recurso sem sentido estrito pelo TRF/3ª Região, o Ministério Público Federal opôs embargos de declaração, alegando que a recusa da validade da decisão da Corte Interamericana não veio explicitada no voto relator, encontrando-se implícita ao refutar a aplicação da decisão sob o fundamento de que os autos versam sobre fatos anteriores a 10/12/1998, isto é, antes de reconhecida a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil.

Apontou omissão e obscuridade também no tocante à data legalmente estipulada pela Lei n. 9.140/1995 para o reconhecimento dos efeitos legais quanto ao falecimento das pessoas desaparecidas entre o período de 2/9/1961 a 5/10/1988, conforme estipulado em seu art. 1º. Afirma que o Relator optou por atribuir data meramente política ao momento da cessação da permanência do sequestro, desconsiderando-se a data atribuída por lei específica para o reconhecimento da morte da vítima.

Sustentou que, tendo em vista que no caso dos autos não há a certeza de que a vítima está viva até o presente momento, e se ainda permanece em cárcere privado, em caso de se buscar atribuir uma data para fins de consumação do delito permanente, e início de contagem da prescrição, deveria ser considerada, necessariamente, aquela estipulada em Lei, ou seja, até 4/12/1995, data que foi sancionada a Lei n. 9.140/1995 (Lei da Anistia).

Referiu, por fim, que não houve análise acerca da hipótese de ocorrência do delito de ocultação de cadáver, e conseqüente necessidade de aditamento da denúncia.

Da leitura dos fragmentos do voto condutor do acórdão recorrido acima destacados, não restaram configuradas quaisquer das hipóteses delineadas no art. 619 do Código de Processo Penal, na medida em que a Corte *a quo* abordou

expressamente as questões suscitadas, não havendo qualquer vício a ser suprido por meio dos aclaratórios.

E no julgamento dos embargos de declaração, a Corte Regional confirmou a ausência de qualquer omissão ou contradição quanto aos temas relativos à recusa de validade da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e à negativa de vigência à Lei n. 9.104/1995 (Lei da Anistia), tendo refutado expressamente, ainda, a questão acerca da eventual ocorrência do delito de ocultação de cadáver, tema que, no entanto, não foi suscitado nas razões do apelo nobre.

Veja-se:

O acórdão embargado não contém quaisquer irregularidades que justificassem a declaração do julgado.

O recurso foi julgado na linha de fundamentos que, segundo o entendimento exposto, presidem as questões, a pretensão foi motivadamente examinada e não há base jurídica para a declaração pretendida.

Verifica-se que o Acórdão abordou a causa sob seus fundamentos jurídicos, não havendo que se falar em omissão do julgado porquanto a omissão que justifica a declaração da decisão por via dos embargos não diz respeito à falta de menção explícita de dispositivos legais, mas à não-apreciação das questões jurídicas pertinentes.

A motivação das decisões efetiva-se com a exposição dos argumentos que o juiz considera decisivos para suas conclusões de acolhimento ou não das teses formuladas pelas partes e não há de se cogitar de lacunas na motivação pela falta de exaustiva apreciação, ponto por ponto, de tudo quanto suscetível de questionamentos.

A propósito, já decidiu o C. STJ:

"Esta Egrégia Corte não responde a questionário e não é obrigada a examinar todas as normas legais citadas e todos os argumentos utilizados pelas partes e sim somente aqueles que julgar pertinentes para lastrear sua decisão" ". (STJ, EDRESP nº 92.002726], 1ª Turma, rel. Min. Garcia Vieira, WJ22.03.93, p. 4515).

A declaração do julgado pelo motivo de contradição apenas se justifica se há discrepância nas operações lógicas desenvolvidas na decisão, vale dizer, se há dissonância interna e não suposta antinomia entre Acórdão e dispositivos legais ou constitucionais que a parte invoca em seu favor.

Assevero que a orientação adotada no acórdão, em tudo, diante de todo e qualquer fundamento do recurso, frise-se, foi exaustiva e coerentemente motivada.

Ressalto que não se deve confundir omissão, contradição ou obscuridade com inconformismo diante do resultado ou fundamentação do julgamento, não sendo os embargos declaratórios meio de impugnação destinado a obter a reforma do julgado ou rediscussão de questões já decididas.

O acórdão não encerra, enfim, qualquer irregularidade e o que avulta no caso é a deliberação do Ministério Público Federal de embargar e para tanto emaranhando e confundindo os elementos que dão conteúdo ao acórdão e deste apresentado sua unilateral interpretação que o exame honesto e imparcial dos autos revela não guardar fidelidade com a realidade da decisão, sem qualquer omissão, contradição etc., mantendo a sentença de rejeição da denúncia.

Quanto ao que se alega sobre delito de ocultação de cadáver o que se verifica é que o Ministério Público Federal deliberadamente olvida que o suposto fato delituoso imputado na denúncia é de sequestro qualificado, anotando-se que se o acórdão ventilou sobre a probabilidade de assassinato da vítima assim ocorreu enquanto linha de argumentação em liame com a conclusão de impossibilidade de o fato delituoso imputado sobreviver ao regime militar, quanto ao que se fala sobre "aditamento" desvelando-se a impertinência da alegação, porque se trata de recebimento ou não de denúncia, o que se faz à vista do fato imputado e não há imputação de ocultação de cadáver, não há acusação de fato que como tal pudesse ser objeto de desclassificação delitiva, pelo que descabia apreciar sob tal aspecto o fato total, porque pela denúncia restringido à imputação de sequestro qualificado, pelo que descabia examinar da presença de justa causa, haver ou não conduta de caráter permanente na perspectiva de suposto delito etc.

Os embargos, embora se afirme o propósito de prequestionamento, acabam revestindo inadmissível caráter infringente, pretendendo o embargante interdita reapreciação da espécie, mostrando-se inidôneo o meio utilizado para o alcance do objetivo colimado. Nesse sentido, precedentes a seguir transcritos, extraídos da obra "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", Theotonio Negrão, 30.a edição, art. 535, nota 3b:

"Os embargos de declaração não devem revestir-se de caráter infringente. A maior elasticidade que se lhes reconhece, excepcionalmente, em casos de erro material evidente ou de manifesta nulidade do acórdão (RTJ 89/548, 94/1.167, 103/1.210, 114/351), não justifica, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, a

sua inadequada utilização com o propósito de questionar a correção do julgado e obter, em consequência, a desconstituição do ato decisório. (RTJ 158/264, 158/993). No mesmo sentido: RTJ 159/638"

O acórdão expõe clara e inteligível exegese das questões aduzidas e não padece de quaisquer irregularidades que ensejassem a declaração do julgado.

Diante do exposto, rejeito os embargos. (e-STJ, fls. 1083/1084).

Com efeito, nos limites estabelecidos pelo artigo 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade eventualmente existentes no julgado combatido.

A propósito, vejamos-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AMBIGUIDADE, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

1. O recurso de embargos de declaração presta-se, tão somente, a sanar ambiguidade, contradição, obscuridade ou omissão do julgado,

consoante dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, ou, então, retificar, quando constatado, erro material do julgado.

2. Reveste-se de caráter nitidamente infringente os argumentos dos aclaratórios que, a pretexto de omissão, contradição, obscuridade e ambiguidade, repisam os fundamentos da inicial, o que não se harmoniza com o escopo da medida integrativa, conforme iterativa jurisprudência desta Corte.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no HC 211.288/MS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 01/07/2015)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 619 DO CPP. [...] 4. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são recurso com fundamentação vinculada, sendo imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. [...]

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 6.012/DF, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2015).

Superior Tribunal de Justiça

Ausente qualquer vício no julgado, não se vislumbra a alegada afronta ao artigo 619 do Código de Processo Penal, razão pela qual o recurso especial não deve prosperar.

Ante o exposto, **nega-se provimento ao recurso especial.**

É o voto.

