



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Nº CNJ : 0801434-65.2013.4.02.5101
RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
RECORRENTE : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
RECORRIDO : LUIZ MARIO VALE CORREIA LIMA
ADVOGADO : RODRIGO ROCA (RJ092632) E OUTROS
RECORRIDO : ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA
ADVOGADO : RODRIGO ROCA (RJ092632) E OUTROS
RECORRIDO : DULENE ALEIXO GARCEZ DOS REIS
ADVOGADO : RODRIGO ROCA (RJ092632) E OUTROS
RECORRIDO : VALTER DA COSTA JACARANDA
ADVOGADO : GUILHERME ZELKOVICZ COHEN (RJ170769) E OUTROS
ORIGEM : SEGUNDA VARA FEDERAL CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO (201351018014347)

R E L A T Ó R I O

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da decisão (fls. 113/128) da lavra do MM. Juiz Federal Alexandre Libonati de Abreu, da 02ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de LUIZ MÁRIO VALE CORREIA LIMA, ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA, DULENE ALEIXO GARCEZ DOS REIS e VALTER DA COSTA JACARANDÁ dando-os como incurso nas penas do art. 148, §2º, do Código Penal, por entender, com o máximo respeito ao sofrimento permanente das vítimas e famílias e ao trabalho exemplar conduzido pelo *Parquet* Federal, que: 1) os elementos de prova que instruem a denúncia não dão lastro ao elemento subjetivo do crime de sequestro; 2) os fatos narrados se amoldariam aos delitos de homicídio ou lesão corporal seguida de morte, cuja punibilidade está extinta pela prescrição ou pela anistia; 3) ainda que se admitisse a capitulação de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa de exaurimento do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição; 4) não existe lei anterior de natureza convencional com força cogente que se amolde aos fatos descritos na denúncia; 5) não há decisão vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da revisão da lei da anistia em relação aos fatos ocorridos com MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA.

A denúncia narra que LUIZ MÁRIO VALE CORREIA LIMA, ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA, DULENE ALEIXO GARCEZ DOS REIS e VALTER DA COSTA JACARANDÁ privam diuturna e ilegalmente MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA de sua liberdade, em razão de sequestro cometido por agentes do Estado ditatorial brasileiro, desde 16 de janeiro de 1970, dia em que, por volta das 20 horas, a vítima foi presa e levada ao Destacamento de Operações de Informações - Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI/RJ), especificamente o 1º Batalhão de Polícia do Exército, localizado na Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro.

De acordo com o MPF, MÁRIO ALVES foi encapuzado e torturado durante toda a noite, oportunidade em que o interrogatório, a prática de sevícias, assim como os gritos da vítima, foram vistos e ouvidos pelos demais presos, especialmente pelos presos que se encontravam na cela ao lado daquela onde estava sendo praticada a tortura.

Ainda segundo o órgão ministerial, alguns presos que estavam na cela ao lado (Antônio Carlos Nunes Carvalho, Raimundo Barros Teixeira Mendes, José Carlos Brandão e Manoel João da Silva) reconheceram MÁRIO ALVES quando foram obrigados a fazer uma faxina na cela onde as torturas teriam ocorrido, tendo encontrado a vítima deitada no chão em posição fetal, em estado de saúde precário, com diversas equimoses e pedindo água.

Cerca de uma hora depois, a vítima foi retirada da cela com vida, tendo sido carregada pelos acusados e levada para local incerto. A partir daí,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

MÁRIO ALVES nunca mais foi visto pelos demais presos ou por seus familiares e não se teve mais notícia de seu paradeiro.

A inicial acusatória reproduz trechos de depoimentos prestados por outros presos políticos nos autos da ação de responsabilidade civil ajuizada pela família de MÁRIO, colaciona documentos dos órgãos de inteligência do Estado ditatorial brasileiro e descreve de forma detalhada os métodos de tortura que foram aplicados à vítima.

Em suas razões (fls. 134/171), o *Parquet* Federal, após endossar os termos da denúncia e da cota que a acompanhou, sustenta que se o dolo dos acusados fosse apenas torturar a vítima e não privá-la de sua liberdade, teriam libertado-a logo após o interrogatório e a sessão de tortura.

Afirma que as testemunhas oculares atestaram que MÁRIO ALVES, apesar de debilitado, sobreviveu à tortura, não tendo sido afirmado, por nenhuma, delas que a vítima estava morta, sendo certo, segundo aduz, que o depoimento de MARIA DALVA LEITE DE CASTRO não prova a morte de MÁRIO ALVES, mas apenas menciona uma referência ao seu falecimento feita pelos torturadores com a finalidade de intimidar os demais presos.

Alega, ainda, que o MM. Juízo *a quo* presumiu a morte de MÁRIO ALVES sem qualquer respaldo probatório, tendo levado em conta, com base apenas na experiência comum, que seria improvável que um indivíduo desaparecido por muitos anos não retornasse ao seio de sua família e de seus amigos e que, neste aspecto, o magistrado violou o direito fundamental à prova, na medida em que presumiu de maneira absoluta a morte, em razão do transcurso do tempo.

O órgão ministerial declina, também, que o magistrado extrapolou o juízo de exame da justa causa, porquanto rejeitou a denúncia com base em uma antecipação do que só se poderia ter certeza ao final do processo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Afirma, também, que a Lei nº 9.140/95, que permitiu a lavratura de certidão de óbito para MÁRIO ALVES, teve por finalidade apenas a compensação pecuniária, de natureza humanitária, às famílias dos desaparecidos, não sendo seu objetivo impedir a proteção da sociedade através da aplicação do Direito Penal, enfatizando, por outro lado, que o próprio diploma legal, em seu art. 12, admite o reaparecimento da vítima e a produção de prova que levasse à conclusão contrária à da morte.

Por fim, reportando-se aos julgamentos das extradições nº 974,1150 e 1278 requeridas pela República da Argentina para entrega de militares denunciados pelo sequestro de dissidentes políticos, aduz que enquanto não se souber o paradeiro da vítima, remanesce a privação ilegal da liberdade e perdura o crime permanente de sequestro qualificado, ressaltando, ainda, que o Estado Brasileiro deve obediência às decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, independentemente da interposição de recursos.

Contrarrazões de LUIZ MÁRIO CORREIA LIMA, DULENE ALEIXO GARCEZ e ROBERTO DUQUE ESTRADA às fls. 183/186.

Contrarrazões de VALTER DA COSTA JACARANDÁ às fls. 197/201.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 213/226, pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Rio de Janeiro,

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

V O T O

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da decisão que rejeitou a denúncia oferecida em desfavor de LUIZ MÁRIO VALE CORREIA LIMA, ROBERTO AUGUSTO DE MATTOS DUQUE ESTRADA, DULENE ALEIXO GARCEZ DOS REIS e VALTER DA COSTA JACARANDÁ dando-os como incurso nas penas do art. 148, §2º, do Código Penal.

A irresignação do *Parquet* Federal recai essencialmente sobre o fato de o magistrado ter reconhecido que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA está morto. De acordo com o órgão ministerial, as evidências não são suficientes para atestar o falecimento da vítima, sobretudo porque os depoimentos de algumas testemunhas oculares das sessões de tortura são no sentido de que MÁRIO foi visto com vida um dia após as atrocidades cometidas.

Inicialmente, consigno que este processo não versa sobre os inúmeros sequestros qualificados pela tortura que ocorrem no país. Trata-se de uma hipótese excepcional: a privação da liberdade, tortura e desaparecimento do Secretário-Geral do Partido Comunista Revolucionário Brasileiro (PCRB) durante o regime militar.

O conjunto probatório coligido aos autos não deixa dúvidas de que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA foi capturado por agentes do Estado na noite de 16 de janeiro de 1970 e levado para as dependências do DOI-CODI situado no 1º Batalhão de Polícia do Exército - Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro, conhecido, assim como nos demais estados brasileiros, como centro de tortura daqueles que se opuseram ao regime ditatorial vigente.

As barbáries cometidas contra a vítima foram narradas por outros presos políticos que estavam, naquele mesmo dia, na cela ao lado da de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

MÁRIO. Embora seus depoimentos prestados nos autos da ação de indenização ajuizada pela família da vítima (nº 2678420) já tenham sido reproduzidos pelo diligente representante ministerial tanto na denúncia quanto nas razões recursais, cumpre invocar, mais uma vez, alguns trechos das declarações para ratificar as crueldades cometidas contra MÁRIO ALVES:

“(…) que estava preso na cela ao lado a que ele se encontrava, e que foram chamados para fazer uma faxina na cela dele, junto com Augusto Henrique Maria D' Aurelli e Manoel João da Silva, que Mario Alves se encontrava dentro da cela deitado no chão, em estado de saúde precário, que a cela estava toda enlameada, suja de fezes e que Mario Alves apresentava várias equimoses, que a pessoa que estava na cela estava caída, com capuz ao lado, e pedia água, tendo sido identificada como Mario Alves pelos outros dois que também foram fazer a limpeza, que determinaram que a limpeza teria que ser feita rapidamente, que deram um pouco de água, que foi ingerida com dificuldade, que a faxina foi determinada por oficial, que no estado em que Mario Alves se encontrava não tinha condições de nada, nem de fugir, que na manhã seguinte Mario Alves foi retirado da cela, carregado por cerca de quatro pessoas, aparentemente vivo, (...), que não dormiram a noite ouvindo gritos e interrogatório (...), que falaram em afogamento e ouviam tosses, que falaram que o empalariam com cassetete, tendo sido ouvido barulho de luta e gritos; que o espancamento era feito com borrachas ocas de cerca de oito centímetros de diâmetro, chamada `maricota' (...)” (Depoimento prestado por Antônio Carlos Nunes Carvalho- fls. 349/350, Apenso II).

“(…) que Mario Alves chegou depois da hora do jantar, cerca de 20 horas, que perguntaram ao preso se era Mario Alves de Souza Vieira e ele respondeu que: vocês já sabem, depois perguntaram se ele era o secretário geral do PCBR e que ele deu a mesma resposta, que o preso não respondia as perguntas, que ouviam bater, que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

normalmente batiam com cassetete e 'maricota', um tubo de borracha com furos; que falaram e o colocaram no 'pau de arara' e como estava sem capuz o reconheceu, que estava de luz acesa e era no meio da noite, eu não, digo, que Mario Alves nada respondia, só gritava, exceto quando perguntaram por sua filha e deu respostas desconstruídas; que houve sessão de afogamento que havia ameaças de assassiná-lo caso não falasse, que poderiam sumir com ele pois ninguém havia assistido a prisão; que pela manhã a gritaria se encerrou (...), o Cabo Gil escolheu Augusto Henrique, Manoel João da Silva e Antônio Carlos para fazerem faxina na cela ao lado; que contaram que Mario Alves estava caído no chão, em posição fetal com capuz levantado e pedira água; que cerca de uma hora depois ele foi retirado da cela carregado por 3 ou 4 pessoas que o Cabo enfermeiro disse que ele havia sido levado para a enfermaria e dali para o H.C.E e que os soldados comentaram que ele havia morrido (...)" (Depoimento prestado por Raimundo José Barros Teixeira Mendes fls. 351/352, Apenso II).

"(...) que na manhã do dia 17 de janeiro de 1970 foi retirado de sua cela por um cabo e dois soldados e levado a cela onde estava Mario Alves, caído no chão ensanguentado (...), que na hora que entrou na cela de Mario Alves, por ele reconhecido, lá se encontravam o Tenente Magalhães, o Tenente Correia Lima e Timotheo, além de um policial chamado Jair, que não teve oportunidade de falar com Mario Alves que estava como se estivesse dormindo ou morto, que é óbvio que Mario Alves não teria condições de fuga, que nunca mais teve notícias ou viu Mario Alves, nem sabe de ninguém que teria visto Mario Alves; que a sala onde estava Mario Alves, era uma sala para onde eram levados os presos para interrogatório e tortura (...)" (Depoimento prestado por José Carlos Brandão - fls. 353/354, Apenso II)

"(...) que encontrou Mario Alves na prisão, que foi preso no dia 16 de janeiro de 1970, que tinha outras pessoas presas no mesmo local, entre elas Antonio Carlos Augusto Olivier, um soldado, que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Mario Alves estava preso na sala contígua, que durante a noite ouviu falarem no nome dele e perguntaram pela família, que, no dia seguinte, logo ao amanhecer foi chamado para limpar a cela onde estava Mario Alves caído e pedindo água, que a cela estava suja de algo que parecia sangue coalhado, que o capuz no rosto de Mario Alves estava meio suspenso, que permitiu que fosse reconhecido pelo depoente, que já havia o reconhecido pela voz, que não tinha condições de andar (...) (Depoimento prestado por Manuel João da Silva- fls. 382/383- Apenso II)”

Pelo contexto histórico do fato, pelas circunstâncias em que MÁRIO ALVES foi encontrado após ter sido torturado, pela idade (sim, pois seria leviano desconsiderar esse dado biológico) e pela inexistência de qualquer notícia sobre seu paradeiro, não há como afirmar que a vítima se encontra desde 1970 privada de seu direito de ir e vir a mando dos denunciados.

O Ministério Público Federal não traz qualquer elemento neste sentido, fazendo alusão apenas ao fato de que depois da sessão de tortura MÁRIO foi encontrado vivo por outros presos políticos. No entanto, o fato de a vítima não ter morrido pela manhã do dia 17 janeiro de 1970 não pode ser suficiente para confirmar, ainda que a título de indício, que em maio de 2013 a mesma esteja viva, sobretudo quando a prova indiciária converge para o óbito.

Embora seja lamentável chegar a esta conclusão e, em consequência, afastar a incidência do Direito Penal, seja pela prescrição do crime de homicídio, seja em razão da edição da Lei da Anistia (nº 6.683/79), os indícios não nos dão alternativa.

Não é novidade, como bem detalhado pelo Ministério Público Federal, que os meios de tortura praticados pelos militares eram impiedosos (pau-de-arara, choques elétricos, espancamentos, soro da verdade, afogamentos, geladeira, cadeira do dragão, etc.) e que não foram poucos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

(segundo a Comissão de Mortos e Desaparecidos e a Comissão de Anista, 457 pessoas foram assassinadas) os militantes esquerdistas que sucumbiram às escabrosas violências.

Por estes motivos, considerando que MÁRIO ALVES sofreu durante a noite do dia 16 e a madrugada do dia 17 de janeiro de 1970; que no dia seguinte se encontrava em estado calamitoso de saúde, tendo um enfermeiro dito à testemunha Raimundo José que os soldados comentaram que MÁRIO havia morrido e inexistindo qualquer contraindício suficiente, ao menos para plantar a dúvida sobre seu falecimento, forçoso concluir pela insubsistência da capitulação feita pelo combativo representante ministerial (art. 148, §2º, do CP).

A presunção é de que MÁRIO tenha falecido em decorrência da intensa sessão de tortura realizada e, por esse motivo, caberia ao MPF afastá-la, ainda que munido de indícios, para iniciar uma persecução penal visando à condenação dos agentes públicos pelo crime de sequestro. A simples afirmação de que a vítima foi vista no dia seguinte com vida não é suficiente para comprovar que até hoje ela se encontra privada de sua liberdade, até porque, como dito, as pessoas que os viram foram uníssonas em afirmar que seu estado de saúde era bastante precário.

De fato, a testemunha Maria Dalva Leite de Castro afirmou que quando estava no pau-de-arara os torturadores afirmaram que MÁRIO não tinha aguentado as sessões de tortura e que iam fazer com o ela o mesmo que fizeram com ele. No entanto, não há como afirmar que essa declaração tenha sido feita apenas com intuito de intimidar ainda mais a vítima. A covardia dos agentes era tanta, os métodos utilizados eram tão cruéis que não se fazia necessário tal expediente. Se MÁRIO não tivesse efetivamente falecido, não teriam os torturadores feito tal afirmação, isso não era necessário diante de tudo que dispunham.

Ademais, em que pese a independência entre as instâncias, não posso deixar de mencionar a brilhante sentença prolatada em outubro 1981 pela então Juíza Federal Tania Heine, que condenou a União ao pagamento



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

de indenização pelo desaparecimento de Mário Alves. Na ocasião, a magistrada presumiu, também pelas circunstâncias fáticas aqui colocadas, que MÁRIO estava morto (fls. 361/397, Apenso II).

Quanto à Lei nº 9.140/95, perfilho do entendimento adotado pelo magistrado de piso de que o referido texto normativo institucionalizou fato notório que a história já havia revelado e que a expressão “*para todos os efeitos legais*” contida em seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal. De ler-se o dispositivo:

Art. 1º. São reconhecidos como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias. (Grifei)

Ora, não me parece razoável afirmar que o intuito do legislador tenha sido o reconhecimento da morte dos militantes apenas para fins de responsabilização civil do Estado. A expressão “*para todos os efeitos legais*” a meu sentir deve ser aplicada também na esfera penal, sobretudo porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência.

Não se infirma aqui a relatividade da presunção prevista no art. 12 do citado texto normativo. O que se coloca é que essa presunção, nas hipóteses de persecução penal, deve ser afastada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, isto é, ao órgão ministerial cabe colacionar os indícios de que as vítimas desaparecidas naquele período estejam vivas.

Considerando o raciocínio até aqui esposado, cumpre mencionar que a Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 153.

Diferente do que afirma o recorrente, a morte de MÁRIO ALVES não está pautada em meras ilações. A conclusão do falecimento encontra substrato em indícios bastante concretos: sessão intensa de tortura, depoimentos testemunhais dando conta de que seu estado de saúde estava bastante precário, idade, ausência de notícias ao longo de mais de 43 anos e falta de contraindícios trazidos pelo MPF.

Ainda que haja esperança e que o sentimento de justiça leve não só o MPF, mas toda sociedade a ansiar pela aplicação de uma sanção penal aos torturadores, não se pode fechar os olhos para a realidade dos fatos e tipificar a conduta como um delito permanente simplesmente para evitar o reconhecimento da prescrição ou o afastamento da Lei da Anistia.

Ao rejeitar a denúncia, o magistrado *a quo* não extrapolou o exame da justa causa inerente ao juízo de admissibilidade da inicial acusatória, tendo em vista que apenas analisou de forma mais aprofundada os elementos do tipo penal imputado aos acusados, tendo chegado à conclusão, após uma digressão detalhada, de que inexistia o objeto material próprio do tipo penal descrito no art. 148, do CP.

Quanto aos pedidos de extradição 974, 1150 e 1278, invocados pelo MPF, impende consignar que nesses casos o Pretório Excelso faz o chamado juízo de delibação, ou seja, uma análise superficial de mérito, não se perquirindo se o crime foi de fato cometido. Esta análise tem como objetivo verificar a prescrição de acordo com a nossa lei e a lei do Estado requerente e se há dupla tipicidade, isto é, se existe esta previsão penal no Brasil e no Estado requerente. A Corte Suprema analisa também se é caso de crime político e se o julgamento foi feito sem o devido processo legal e por tribunal de exceção.

As decisões dos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes, como não poderiam deixar de ser, porque é



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

este o procedimento, não fazem uma análise pormenorizada do conjunto probatório que embasa os pedidos, reportando-se ao entendimento da Corte de que, via de regra, remanesce o crime de sequestro enquanto o óbito não for reconhecido por sentença.

Como nos pedidos de extradição o contexto probatório não é examinado, é inviável que os entendimentos ali firmados sirvam de parâmetro para decisões judiciais em que os elementos de prova devem ser obrigatoriamente analisados, cumprindo frisar, ainda, que tais julgados não tem força vinculante para os demais órgãos jurisdicionais.

Não bastasse isso, pela leitura da transcrição do voto do Ministro Cesar Peluso, verifica-se que a fluência do prazo prescricional não tem início se não houver sentença fixando a data provável do falecimento e se restar configurada a carência absoluta de qualquer outro dado a respeito.

Ora, na hipótese não há carência absoluta de dado que desautorize o início do prazo, já que os indícios dão conta de que MÁRIO ALVES faleceu em decorrência das torturas realizadas na noite do dia 16 e na madrugada do dia 17 de janeiro de 1970, muito provavelmente no próprio dia 17.

Por fim, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada por ocasião do julgamento do caso “Gomes Lund e outros” (Guerrilha do Araguaia), em que o Tribunal concluiu que o Brasil foi responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrido entre os anos de 1972 e 1974, não tem eficácia no caso concreto, eis que além de ter analisado os desaparecimentos ocorridos apenas naquele contexto, o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriores, *in verbis*:

Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional.

Eis a redação do art. 62, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos:

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.

Com relação a esta questão adoto, também, os fundamentos colocados na decisão recorrida:

“(...) Preliminarmente, alguns aspectos devem ser salientados: o primeiro, que a Corte IDH não decidiu acerca dos fatos tratados na denúncia, não havendo, portanto, que se reconhecer, tecnicamente, qualquer vinculação.

Em segundo lugar, que, em se tratando de decisão oriunda de Tribunal Internacional, o caráter das sentenças é meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial’.

Em terceiro lugar, porque a decisão do caso *Lund vs Brasil* é de eficácia duvidosa, posto que prolatada em desconformidade com o termo de submissão do Brasil à competência da Corte IDH (...)”

Neste momento, impende registrar que adiei o julgamento do presente feito no dia 23/10/2013, em razão de despacho em Gabinete com a Dra. Procuradora Regional da República, que alegou várias teses supletivas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

para defender o recebimento da denúncia, principalmente no que tange, segundo alegou, à jurisprudência da Suprema Corte especificamente sobre o caso e à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além disto, tive notícia, naquele dia, de que o Jornal O Globo tinha publicado uma nota em que o Ministro Joaquim Barbosa, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, teria dito que a Lei de Anistia foi revalidada, *in verbis*:

“-BRASÍLIA- O presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Diego Garcia-Sayán, defendeu ontem que países do continente americano onde existiram ditaduras investiguem os crimes cometidos no período, com reparação às vítimas, ainda que as leis de anistia estejam em vigor. Mas o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, que estava ao lado de Garcia-Sayán, lembrou que a Lei de Anistia já teve validade confirmada pelo STF. Segundo a lei, crimes cometidos na ditadura, por militares ou militantes, não podem ser investigados pela Justiça.

- Nós temos decisão... Temos uma lei, temos decisão da Suprema Corte do país que chancelou essa lei - disse Barbosa.

Apesar de dizer que a decisão da Corte Interamericana deve ser cumprida, Garcia-Sayán ponderou que o órgão não tem o papel de impor como isso será feito. Para ele, cada país deve encontrar o meio de pôr a decisão em prática, de acordo com suas leis e instituições. O presidente do órgão lembrou que alguns países investigaram agentes da ditadura sem precisar revogar a Lei de Anistia.

- A Corte Interamericana editou sentença sobre esse tema, que está em processo de cumprimento. Não nos compete indicar o que devem fazer os Estados signatários e as instituições nacionais, seja legislativa, polícia ou judicial. O objetivo é que se investigue o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

desaparecimento forçado de pessoas ocorrido há muitos anos. Qual o caminho para chegar a esse resultado é um assunto que diz respeito às próprias instituições brasileiras - afirmou Garcia-Sayán.

Há recurso na Ordem dos advogados do Brasil (OAB) aguardando análise do STF. A entidade questiona os desaparecimentos forçados, algo que não foi debatido pelo tribunal no julgamento da Lei de Anistia. Segundo entendimento do STF em processos de extradição de réus estrangeiros, esses casos configuram crime permanente- portanto, não há prescrição. A OAB também aponta a determinação da Corte Interamericana de investigar crimes da ditadura. Barbosa afirmou que o recurso não tem poder de mudar o entendimento firmado pelo tribunal (...)"

Como o tema é delicado, deliberei adiar por uma sessão o julgamento do feito, conforme Regimento Interno (art. 133, III), para, em recebendo um memorial solicitado à Procuradora, se assim o quisesse, reavaliar o meu voto.

E assim o fiz. Nesta semana, verifiquei que já tinha mencionado anteriormente todos os aspectos alegados pela Dra. Procuradora, e chego à conclusão de que a minha convicção aumentou no sentido de confirmar a decisão que rejeitou a denúncia, pois as hipóteses mencionadas pela representante ministerial já tinham sido anteriormente mencionadas, além de constatar que, na especificidade, este caso está regulado, sem dúvida alguma, pela atual Lei de Anistia.

Reforço o meu entendimento com dois aspectos:

O primeiro é que para a garantia de todos os que compõem a sociedade brasileira, o Judiciário não pode julgar hipóteses por ficção fática, ou seja, não se pode condenar por sequestro se não se tem a prova da privação da liberdade ou em homicídio se não é possível saber, seja direta ou indiretamente, onde está o corpo da vítima.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Mas o crime de sequestro é ainda mais grave, pois tem a característica de não prescrever por ser crime permanente (mas esta foi a via escolhida pelo MPF para denunciar os réus por sequestro), o que não se coaduna com o contexto da Lei de Anistia, que possibilitou a redemocratização do país e proporcionou que tivéssemos uma estabilidade institucional e perene como estamos vivendo.

O segundo aspecto é que a anistia é um perdão para ambas as partes, que não pode ser vista como via única, e pior do que isso, não pode ser invocada mais de 30 (trinta) anos depois, para beneficiar um dos lados, quando, na verdade, a sociedade acordou em perdoar. Aliás, assim o fez, porque ambas as partes se sentiram vítimas (os militares e os chamados “militantes”), pois entendiam que estavam em meio a uma guerra.

Eu não concordo com o fato, que é notoriamente triste. Lamento o sofrimento não só das partes que foram vítimas de tortura e de suas famílias, mas não posso deixar de aplicar o direito como em vigor está. Esta, inclusive, é a missão do Poder Judiciário.

E finalizo dizendo que o perdão é um dos pilares de Deus para recompor as relações conturbadas do ser humano. Reabrir um caso, 43 (quarenta e três) anos depois do ocorrido sem a prova da presença física do corpo da vítima (se sequestro ou homicídio) é, no mínimo, uma atitude contrária aos interesses da sociedade brasileira que não dará bons exemplos aos mais jovens se assim o fizer, em nenhuma de suas vertentes.

Para mim, tal intento nada mais é do que uma tentativa de vingança institucional.

Quando o Brasil votou a Anistia não se imaginou que tempos depois haveria uma tentativa de não aplicá-la a uma das partes por motivos políticos. O Judiciário não é um órgão estritamente técnico, mas também não é um órgão puramente político, para ficar sujeito às mutações e as circunstâncias tópicas do comportamento político do País.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Assim, considerando que a prova indiciária trazidas aos autos é no sentido de que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA está morto e que não há contraindícios bastantes para infirmar o óbito e, assim, a presunção relativa prevista na Lei nº 9.140/95, sendo certo que a Lei da Anistia foi declarada constitucional pelo STF nos autos da ADPF nº 153 e que o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana pelo Decreto Legislativo nº 89, em 03 de dezembro de 1998, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriormente ocorridos, não há justa causa para a ação penal deflagrada pelo MPF dando os denunciados como incurso nas penas do crime previsto no art. 148, §2º, do Código Penal.

Diante de todo exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso.

É como voto.

Rio de Janeiro,

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
Relator

E M E N T A

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESAPARECIMENTO DE MILITANTE DURANTE A DITADURA MILITAR. PROVA INDICIÁRIA QUE INDICA O FALECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DOS ACUSADOS AO TIPO PENAL DESCRITO NO ART. 148, §2º, DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA QUE SE CONFIRMA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

I- O conjunto probatório coligido aos autos não deixa dúvidas de que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA foi capturado por agentes do Estado na noite de 16 de janeiro de 1970 e levado para as dependências do DOI-CODI situado no 1º Batalhão de Polícia do Exército - Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro. As barbáries cometidas contra a vítima foram atestadas por presos políticos que estavam naquele mesmo dia, na cela ao lado da de MÁRIO.

II- Pelo contexto histórico do fato, pelas circunstâncias em que MÁRIO ALVES foi encontrado após ter sido torturado, pela idade (sim, pois seria leviano desconsiderar esse dado biológico) e pela inexistência de qualquer notícia sobre seu paradeiro ao longo desses 43 anos, não há como afirmar que a vítima se encontra desde 1970 privada de seu direito de ir e vir a mando dos denunciados.

III- A presunção é de que MÁRIO tenha falecido em decorrência da intensa sessão de tortura realizada e, por esse motivo, caberia ao MPF afastá-la, ainda que munido de indícios, para iniciar uma persecução penal visando à condenação dos agentes públicos pelo crime de sequestro. No entanto, o Ministério Público Federal não trouxe qualquer contraindício suficiente, ao menos para plantar a dúvida, sobre o falecimento da vítima.

IV- A alegação de que MÁRIO ALVES foi visto com vida no dia seguinte à sessão de tortura não é suficiente para comprovar que o sequestro esteja perdurando até os dias atuais, sobretudo porque os relatos convergem no sentido de que seu estado de saúde era calamitoso.

V- Quanto à Lei nº 9.140/95, perfilho do entendimento de que o referido texto normativo institucionalizou fato notório que a história já havia revelado e que a expressão “*para todos os efeitos legais*” contida em seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal, mormente porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência.

VI- A Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados, sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 153.

VII- A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos prolatada quando do julgamento do caso “Gomes Lund e outros” (Guerrilha do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

XVI - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

3517

2013.51.01.801434-7

Araguaia), em que o Tribunal concluiu que o Brasil foi o responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocorrida entre os anos de 1972 e 1974, não tem eficácia na espécie, eis que além de ter analisado os desaparecimentos ocorridos apenas naquele contexto, o Brasil só reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 03 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo nº 89/98, indicando que aquele Tribunal teria competência apenas para os fatos posteriores.

VIII- Rejeição da denúncia que deve ser mantida. Recurso desprovido.

A C Ó R D ã O

Vistos e relatados os presentes autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os membros da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2013.

DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ESPIRITO SANTO
Relator