

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR FEDERAL
RELATOR PAULO ESPIRITO SANTO – 1ª TURMA ESPECIALIZADA**

**Recurso nº 020/2013/PRR2/ABPF
RSE nº 0801434-65.2013.4.02.5101 (2013.51.01.801434-7)
Recorrente: Ministério Público Federal
Recorrido: Luiz Mario Vale correia Lima
Recorrido: Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada
Recorrido: Dulene Aleixo Garcez dos Reis
Recorrido: Valter da Costa Jacaranda**

TRF2-DIDRA 201351018014347 26112013 16:52 2013085997 8110

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora Regional da República que esta subscreve, ciente do acórdão ementado a fls. 271/272, vem, com fundamento no art. 619 do CPP e no art.221 do Regimento Interno do TRF2, interpor **embargos de declaração**, tendo em vista a omissão a seguir indicada.

Os embargos são tempestivos já que recebidos os autos na Procuradoria Regional da República para ciência do acórdão, em 22/11/2013 (sexta feira), iniciando-se o prazo em 25/11/2013 (segunda feira).

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de rejeição da denúncia formulada em face dos recorridos acima mencionados pela prática, em tese, do crime previsto no artigo 148, parágrafo 2º, combinado com o artigo 29 do Código Penal.

Esse Tribunal, por sua 1ª Turma Especializada, por unanimidade, negou provimento ao recurso, cujo acórdão foi assim ementado.

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.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO
Subsecretaria da 1ª Turma Especializada

Recebido em

24/11/13



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 o seu paradeiro ao longo desses 43 anos, não há como afirmar que a vítima se encontra desde 1970 privada de seu direito de rir 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 no seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal, mormente porque não há qualquer dispositivo restringindo o 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 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.

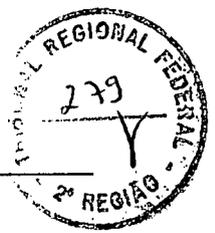
VIII – Rejeição da denúncia que deve ser mantida. Recurso desprovido.

Não obstante o longo acórdão, uma das tese para o recebimento da denúncia não foi apreciada, qual seja, **a da imprescritibilidade dos crimes de lesa humanidade**. Trata-se de tese de caráter subsidiário, ou seja, deveria ser apreciada apenas no caso das demais teses terem sido superadas.

Isso porque entendeu a decisão do Juízo *a quo*, no item 3 da conclusão de sua decisão a fls. 128 que *ainda que se admitisse a capitulação inicial de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa do exaurimento do crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição.*

Precisamente a fls. 163, o MPF sob o título “**DA CONFIGURAÇÃO DOS FATOS COMO CRIMES DE LESA HUMANIDADE – COSTUME INTERNACIONAL – INCORPORAÇÃO E COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTERNACIONAIS COM A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**” aborda a questão já tratada com o ajuizamento da denúncia, ou seja, de que a *reprovação jurídica internacional à conduta imputada aos denunciados — e a imprescritibilidade da ação penal a ela correspondente — podem ser extraídas das seguintes normas do direito costumeiro cogente anterior ao início da execução do delito: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945);¹ b) Lei do Conselho de Controle nº 10 (1945);² c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do*

¹ *Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 08.08.1945. Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/350?OpenDocument>. O acordo estabelece a competência do tribunal para julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade “namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.”*



Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950);³ d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU (1954);⁴ e) Resolução nº 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966);⁵ f) Resolução nº 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966);⁶ g) Resolução nº 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967);⁷ h) Resolução nº 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969);⁸ i) Resolução nº 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970);⁹ j) Resolução nº 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971);¹⁰ k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e

² Nuremberg Trials Final Report Appendix D, Control Council Law n. 10: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, art. II. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>. Segundo o relatório: “Each of the following acts is recognized as a crime (...): Crimes against Humanity. Atrocities and offenses, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts committed against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds whether or not in violation of the domestic laws of the country where perpetrated”).

³ Texto adotado pela Comissão de Direito Internacional e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas como parte do relatório da Comissão. O relatório foi publicado no *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, v. II e está disponível em: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf. (“The crimes hereinafter set out are punishable as crimes under international law: (a) Crimes against peace: (...); (b) War crimes: (...); (c) Crimes against humanity: Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.”)

⁴ Covering the Work of its Sixth Session, 28 July 1954, Official Records of the General Assembly, Ninth Session, Supplement No. 9 Article 2, paragraph 11 (previously paragraph 10), disponível em http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_88.pdf. (“The text previously adopted by the Commission (...) corresponded in substance to article 6, paragraph (c), of the Charter of the International Military Tribunal at Nurnberg. It was, however, wider in scope than the said paragraph in two respects: it prohibited also inhuman acts committed on cultural grounds and, furthermore, it characterized as crimes under international law not only inhuman acts committed in connexion with crimes against peace or war crimes, as defined in that Charter, but also such acts committed in connexion with all other offences defined in article 2 of the draft Code. The Commission decided to enlarge the scope of the paragraph so as to make the punishment of the acts enumerated in the paragraph independent of whether or not they are committed in connexion with other offences defined in the draft Code. On the other hand, in order not to characterize any inhuman act committed by a private individual as an international crime, it was found necessary to provide that such an act constitutes an international crime only if committed by the private individual at the instigation or with the toleration of the authorities of a State.”)

⁵ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 3º da Resolução condena, “como crime contra a humanidade, a política colonial do governo português”, a qual “viola os direitos políticos e econômicos da população nativa em razão do assentamento de imigrantes estrangeiros nos territórios e da exportação de trabalhadores africanos para a África do Sul”.

⁶ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>. O artigo 1º da Resolução condena a política de apartheid praticada pelo governo da África do Sul como “crime contra a humanidade”.

⁷ Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/22/ares22.htm>. A resolução “reconhece ser imprescindível e inadiável afirmar, no direito internacional (...), o princípio segundo o qual não há prescrição penal para crimes de guerra e crimes contra a humanidade” e recomenda que “nenhuma legislação ou outra medida que possa ser prejudicial aos propósitos e objetivos de uma convenção sobre a inaplicabilidade da prescrição penal a crimes de guerra e crimes contra a humanidade seja tomada na pendência da adoção de uma convenção sobre o assunto pela Assembleia Geral”.



crimes contra a humanidade (Resolução nº 3074, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1973).¹¹

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Não-Applicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1968),¹² a imprescritibilidade estende-se aos “crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz e definidos como tais no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas Resoluções nº 3 e 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946”.¹³

Com efeito, sustenta-se que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade não institui, prospectivamente, a imprescritibilidade da pretensão punitiva relativa a esses crimes, mas se limita a afirmar sua existência anterior pelo reconhecimento de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), de caráter consuetudinário.

⁸ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/24/ares24.htm>. A resolução convoca todos os Estados da comunidade internacional a adotar as medidas necessárias à cuidadosa investigação de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, bem como à prisão, extradição e punição de todos os criminosos de guerra e pessoas culpadas por crimes contra a humanidade que ainda não tenham sido processadas ou punidas.

⁹ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/25/ares25.htm>. A resolução lamenta que numerosas decisões adotadas pelas Nações Unidas sobre a questão da punição de criminosos de guerra e pessoas que cometeram crimes contra a humanidade ainda não estavam sendo totalmente cumpridas pelos Estados e expressa **preocupação com o fato de que, no presente, como resultado de guerras de agressão e políticas e práticas de racismo, apartheid, colonialismo e outras ideologias e práticas similares, crimes de guerra e crimes contra a humanidade estavam sendo cometidos**. A resolução também convoca os Estados que ainda não tenham aderido à Convenção sobre a Inapplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade a observar estritamente as provisões da Resolução 2583 da Assembleia Geral da ONU.

¹⁰ Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/res/26/ares26.htm>. A resolução reproduz os termos da Resolução anterior, de número 2712.

¹¹ ONU. *Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas culpadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade*. Adotados pela Resolução 3074 da Assembleia Geral em 03.12.1973 (“War crimes and crimes against humanity, wherever they are committed, shall be subject to investigation and the persons against whom there is evidence that they have committed such crimes shall be subject to tracing, arrest, trial and, if found guilty, to punishment...”). Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/28/ares28.htm>.

¹² Adotada pela Assembleia Geral da ONU através da Resolução 2391 (XXIII), de 26.11.1968. Entrou em vigor no direito internacional em 11.11.70.

¹³ Nota-se, sobretudo a partir dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU da década de 1950, e das resoluções da Assembleia Geral da organização, em meados dos anos 60, a nítida intenção de se prescindir do elemento contextual “guerra” na definição dos crimes contra a humanidade.



Assim, o Brasil como signatário do tratado de formação da Corte Internacional de Justiça deve observar seus preceitos, devendo, portanto, a norma da imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade ser aplicada no Brasil, por se tratar de um costume internacional, ao qual o país se comprometeu a observar.

Enfim, o elemento determinante para a aplicação da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, não é ser uma de suas partes – condição não ostentada pelo Brasil – mas sim a compreensão de que a imprescritibilidade em questão constitui norma imperativa de direito internacional, tanto de natureza principiológica quanto consuetudinária. Em sendo assim, ela também se aplica ao Brasil.

Por sua vez, a incorporação da proteção internacional dos direitos humanos ao ordenamento brasileiro também foi bem posta no recurso do MPF, como se verifica na seguinte passagem:

“Além disso, cabe frisar que os inúmeros diplomas normativos citados pelo MPF na cota que acompanhou a denúncia formam sim costume internacional. E, como é cediço, a formação da norma costumeira se dá não apenas por uma construção progressiva da tessitura normativa no tempo (ou seja, um amadurecimento da questão),¹⁴ mas também de uma reiteração da mesma norma em vários diplomas. Esta a razão para sua listagem sucessiva, para chamar a atenção dos julgadores para a sedimentação da regra costumeira.

Por outro lado, o douto juízo recorrido, ao lembrar o conhecido RE n.80004, que havia plasmado a regra do monismo moderado, cita textos doutrinários de 1986 e 1997. Ora, todos, tanto o RE quanto as obras doutrinárias, são anteriores à Emenda Constitucional n.45 de 2004 (a "Reforma do Judiciário"), que acrescentou o §3º ao art.5º da CR/88 e hoje dispõe que os tratados internacionais de direitos humanos, quando aprovados com quorum qualificado, são incorporados com status de norma constitucional.

¹⁴ Como afirma o próprio Miguel Reale, citado na decisão recorrida (REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 15ª Ed., 1987, p.155 ss) e é lugar comum no direito internacional. Por todos, MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 10ª Ed., 1994, p.248 ss.



Aliás, a incorporação da proteção internacional dos direitos humanos ao ordenamento brasileiro já era a posição doutrinária dominante mesmo antes de 2004, à luz do §2º ao art.5º da CR/88. Apesar do esforço argumentativo do juízo e louvando o dissenso, o único texto posterior à Emenda Constitucional n.45/2004 mencionado na decisão, da lavra de Lauro Joppert Swensson Jr., além de refletir posicionamento minoritário na literatura, revela pensamento intimamente relacionado à ideologia defendida pelo seu autor.

Ao contrário do que afirma a decisão, a posição defendida pelos professores Celso D. de Albuquerque Mello, Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁵ (todos citados na decisão recorrida) é de obediência do Estado brasileiro às decisões das cortes internacionais de direitos humanos, um norte incorporado e fomentado pela Constituição da República de 1988.

Veja-se, a título de exemplo, o trecho da Professora Flavia Piovesan:

“Ao romper a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional. Este princípio invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos. A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas no engajamento do país no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas implica na busca

¹⁵ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. “A interação entre o direito internacional e o direito interno”, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, vol.46, n.182, jul-dez, 1993, p.30-32; *Idem*, A *proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e institutos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.631; *Idem*, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, vol.1, 1997, p.407.



*da plena integração de tais regras à ordem jurídica interna brasileira”.*¹⁶

Por conseguinte, andou mal o julgador também ao usar este argumento na decisão recorrida. Ao invés de confrontar o costume internacional com a Constituição, como fez o juízo a quo como se fossem incompatíveis, o correto é admitir as normas internacionais citadas pelo MPF como formadoras de um costume internacional no sentido de tratar-se de crime de lesa humanidade. Estas normas, ao invés de conflitarem com nossa Constituição, vêm ao encontro do espírito constituinte de abertura e incorporação do direito internacional ao direito constitucional interno.”

Nessa perspectiva, a questão da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade não é vinculada ao entendimento sobre a recepção da Lei da Anistia pela Constituição de 1988, tratada na ADPF nº 153. Trata-se de questões jurídicas distintas e independentes e embora posta pelo MPF em seu recurso não foi dirimida, razão pela qual requer o MPF seja debeatada a citada omissão.

Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2013.

Andréa Bayão Pereira Freire
Procuradora Regional da República

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 4ª Ed., 2000, p.61.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO



Processo nº 2013.51.01.801434-7

C E R T I D ã O

Certifico e dou fé que em 28.11.2013, remeti cópia do v. acórdão retro para disponibilização, ocorrendo esta em 02.12.2013 no Caderno Judicial do Diário Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região, com publicação em 03.12.2013, nos termos do parágrafo 3º do art. 4º da Lei 11.419/2006.

Rio de Janeiro, 03.12.2013.

Seção de Coordenação e Julgamento

SUB/1TESP

PODER JUDICIÁRIO FEDERAL
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

TRF/2ª Região
Fls. <u>285</u>

Subsecretaria da 1ª Turma Especializada
Processo nº 2013.51.01.801434-7

CONCLUSÃO

Aos 19 dias do mês de dezembro de 2013, faço os presentes autos conclusos ao Gabinete do Exmo. Sr. Desembargador Federal **PAULO ESPÍRITO SANTO**, tendo em vista a petição juntada – embargos de declaração. Do que eu LS (Letícia Santos, Técnica Judiciária), p/ Supervisora da Seção de Coordenação e Julgamento, lavro este termo.

RECEBIMENTO

Recebidos no Gabinete em 19 / 12 / 2013.

LS

Funcionário do Gabinete

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO



Processo nº 2013.51.01.801434-7

DESPACHO

Peço dia.

Rio de Janeiro, 19/12/2013

PAULO ESPIRITO SANTO
Desembargador Federal

RECEBIMENTO

Em 19 . 12 .2013, recebi os presentes autos do **Gabinete do(a) Exmo(a). Sr(a). Relator(a)**. Do que eu, Letícia Santos (Letícia Santos – Técnica Judiciária – Mat. 11.268) p/ Supervisora da Seção de Coordenação e Julgamento da 1ª Turma Especializada, lavrei este termo.

CERTIDÃO

Certifico que de ordem do Exmo. Sr. Presidente em Exercício os presentes autos foram incluídos na **Pauta de Julgamentos do dia 15.01.2014**, disponibilizada no e-DJF2R (fls. 53/57) em **09.01.2014**, sendo realizadas todas as intimações pessoais determinadas por lei, cujos Mandados de Intimação, Avisos e/ou Protocolos de Recebimento encontram-se devidamente arquivados nesta Subsecretaria, tudo conforme dispõe o art. 552 e §§ do CPC. O referido é verdade e dou fé.

Rio de Janeiro, 09.01.2014.

Letícia Santos
Seção de Coordenação e Julgamento
1ª Turma Especializada