

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

CONCLUSÃO

Em 03 de novembro de 2016,
faço estes autos conclusos para prolação de sentença.

Técnica Judiciária – RF 7949

9ª Vara Federal Criminal – São Paulo

Autos do Inquérito Policial n.º 0011715-42.2016.403.6181

Denúncia

VISTOS EM SENTENÇA*.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, aos 26/09/2016, em face de **HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS**, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incurso nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, “b” e “h” c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal.

Narra a exordial acusatória que, no dia 17 de dezembro de 1976, os médicos legistas **JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI**, por designação do então diretor do IML, **HERRY SHIBATA**, agindo em concurso e unidade de desígnios, visando assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio da vítima **PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAUJO POMAR**, omitiram, em documento público, declaração de que dele devia constar, bem como inseriram declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita no Laudo de Exame Necroscópico 59.609, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Os agentes teriam cometido o crime prevalecendo-se de seus cargos públicos.

* Sentença Tipo D - Resolução CJF n.º 535/2008

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Segundo consta da denúncia, no dia 15 de dezembro de 1976, agentes do DOI – CODI, sob o comando do tenente-coronel RUFINO FERREIRA NEVES (Falecido), após cercarem uma casa localizada na Rua Pio XII, nº 767, em São Paulo/SP, onde era realizada reunião do Comitê Central do Partido Comunista do Brasil – PC do B, prenderam diversos integrantes do comitê que participaram da reunião, quando deixaram a residência. Horas depois, já na manhã do dia 17 de dezembro, agentes da repressão não identificados “abriram fogo” contra a referida casa da Rua Pio II, vitimando de morte os senhores Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar.

A versão oficial divulgada foi de que Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar “*ofereceram resistência armada e, por isso, foram mortos em tiroteio*”. Porém, de acordo com órgão ministerial, tal versão seria falsa, visto que as vítimas estariam desarmadas, conforme diversos elementos existentes.

Alega-se que, para sustentar tal farsa, o falecido delegado de polícia do então DEOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, requisitou exame de corpo de delito, a pedido do DOI-CODI, visando confirmar a versão de resistência. Foi quando o denunciado **HERRY SHIBATA**, então diretor do IML, designou os também denunciados JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI para elaborar o laudo necroscópico de PEDRO POMAR.

Os denunciados JOSÉ e ABEYLARD fizeram constar no laudo que o “examinado faleceu (...) ao manter tiroteio com a polícia após receber voz de prisão” e concluíram como *causa mortis* “hemorragia interna traumática produzida por instrumento perfuro contundente.”

De acordo com o Ministério Público Federal, as informações inseridas no laudo seriam inverídicas, tendo sido omitidas no laudo, ademais, menções a lesões típicas compatíveis com “zona de tatuagem”, assim como ferimento perfuro contuso em região temporal anterior, indicativos de execução.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Consta ainda, que os denunciados JOSÈ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI tinham plena ciência da falsidade das informações constantes do Laudo e que dados relevantes foram omitidos, tendo, a despeito disso, elaborado e firmado o Laudo. Além disso, aduz o MPF que HERRY SHIBATA, responsável pela designação dos legistas, tinha plena ciência da farsa e mantinha relações estreitas com os órgãos repressivos, sendo notória sua participação na elaboração de laudos necroscópicos com informações falsas ou omissos, em diversos outros casos.

Salienta, por fim, que a conduta acima foi cometida no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil em um sistema de repressão política baseado em ameaças, invasões de domicílio, tortura, morte e desaparecimento dos inimigos do regime, sendo que os denunciados participavam ativamente das atividades de violação dos direitos humanos auxiliando os responsáveis por tais atos, ocultando o terror que vitimavam os cidadãos.

Assim, o delito previsto no artigo 299, do Código Penal, praticado em relação ao laudo de exame necroscópico da vítima PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAÚJO POMAR, encontra-se, em tese, agravado, pelo objetivo de assegurar a ocultação e a impunidade de outro crime, qual seja, o homicídio praticado por agentes não identificados e/ou já falecidos.

Vieram-me os autos conclusos. Decido.

Primeiramente, reconheço a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime em exame (falsidade ideológica), porquanto conexo a suposto crime de homicídio praticado por agentes no exercício de função pública federal, tudo nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República e Súmula n.º 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*: "Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal no exercício de suas funções e com estas relacionadas". Com efeito, a

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

acusação refere-se a eventuais crimes cometidos por ex-membros das Forças Armadas, utilizando-se de bens e serviços da União, aos quais os fatos indicados na denúncia estão conexos, conforme visto acima. Além disso, inúmeros tratados internacionais preveem, nos termos a seguir elencados, a obrigação do país em reprimir esses crimes, o que atrai a competência da justiça federal, a teor do art. 109, III, da Constituição Federal.

Há nos autos indícios suficientes da materialidade delitiva e de autoria, consubstanciados no laudo de exame de corpo de fls. 59/60, na análise do laudo necroscópico realizada pelo médico Antenor Chicarino de fls. 61, no parecer da Câmara dos deputados referente ao requerimento do reconhecimento da morte de Pedro Ventura Felipe de Araujo Pomar, de fls. 24/28, bem como nas diversas publicações veiculadas na imprensa e livros acerca do episódio denominado popularmente como “massacre da Lapa” ou “chacina da Lapa”, em especial a reportagem que veiculou entrevista com Maria Trindade (sobrevivente ao episódio) de fls. 171, os trechos de livros, de fls. 173/177 (A Casa da Vovó), 179/182 e 188/193 (Massacre na Lapa) e 237/239 (Direito à memória e à verdade); Relatório da Comissão nacional da Verdade de fls. 201/206; e do programa Memorial “lugares da Memória” da Resistência de São Paulo, de fls. 259/265.

Todos esses elementos constantes dos autos dão conta de que a versão oficial registrada no laudo necroscópico produzido pelos acusados não corresponderia à verdade dos fatos e se destinaria a acobertar crime de homicídio praticado por agentes do governo militar. A denúncia aponta uma série de circunstâncias de que não teria havido necessidade daquela invasão seguida de disparos, uma vez que a casa estava sob vigilância há muito tempo, sendo que havia testemunha de que os investigados foram pegos de inopino.

Algumas considerações se fazem necessárias quanto às características do crime em tela, praticados durante a ditadura militar, em um

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

contexto de ataque amplo contra grupos de oposição. Tais crimes são considerados pelo direito penal internacional, consoante tratados internacionais e decisões de órgãos e Tribunais internacionais dos quais o país faz parte, crimes contra a humanidade, o que implica regime jurídico especial, como, por exemplo, o da imprescritibilidade penal.

É importante considerar, de início, que o desenvolvimento do direito penal internacional ocorre desde o começo do século XX, seguindo um acentuado, gradual, mas constante evolução, a partir do julgamento dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial, pelo Tribunal Penal de Nuremberg e pelo Tribunal Penal de Tóquio.

Antes mesmo do advento desta guerra, já houvera a tentativa de punição do Kaiser alemão, derrotado na I Guerra Mundial, diante dos graves crimes internacionais praticados pela Alemanha naquela ocasião, mas como o referido soberano se homiziara na Holanda, sendo que este país não cedeu aos pedidos de entrega do mesmo, a tentativa de sua responsabilização diante de um Tribunal Internacional frustrou-se.

Assim, tão-somente após as atrocidades praticadas pelo nazismo, sob a liderança de Hitler, por ocasião da II Guerra Mundial, é que se criou o momento político ideal para a responsabilização individual por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A “banalidade do mal”, tal como expressão de Hannah Arendt, em que se fazia o mal como um ato normal, diante de uma total inversão de valores reinantes, permitiu o surgimento de uma opinião pública internacional no sentido de que jamais se permitisse que fatos como aquele ocorressem novamente.

Isto porque, até então não se reconhecia a responsabilidade individual de militares ou de soberanos por crimes deste feitio, mas tão-somente a responsabilidade estatal, no máximo de cunho indenizatório.

Foi, assim, neste caldo político que surge o Tribunal de

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Nuremberg, como uma tentativa dos aliados para fazer frente aos crimes praticados pelos nazistas e colaboradores e que causaram a morte de mais de seis milhões de pessoas.

Ainda tenham ocorrido críticas, tais como a de ter sido um Tribunal criado pelos vencedores e, portanto, parcial, de não ter sido estabelecido previamente aos fatos praticados, dentre outras, verdade é que a importância histórica e política do Tribunal de Nuremberg é hoje indiscutível e reconhecida por toda a doutrina de direito penal internacional, pois é a partir dele que se inicia a responsabilidade penal individual em matéria de crimes internacionais, tratando-se, portanto, de um marco na evolução da Justiça Penal Internacional.

Importante ainda lembrar-se desse paradigma para afirmar que a alegação então apresentada, durante os debates naquele Tribunal, de que seria uma Corte retroativa, criada pelos vencedores e, portanto, sem legitimidade para julgar os vencidos, restou superada, consoante firme proposição do jurista Cherif Bassiouni, no sentido de que “as atrocidades e crimes praticados já estavam definidos no direito internacional por tratados internacionais pretéritos e pelo próprio costume internacional”.

O surgimento da responsabilidade penal internacional é reflexo também da vertente “garantia” assinalada por Norberto Bobbio, de tutela dos direitos humanos no âmbito internacional, segundo a qual haveria uma fase de “promoção”, que visa a irradiar os valores dos direitos humanos; “controle”, que monitora através de relatórios, comunicações interestatais e petições individuais o cumprimento das normas internacionais nesta matéria e a “garantia”, que pode ser definida como a jurisdicionalização nesta matéria¹. Certamente, vive-se hoje nesta terceira fase, em que as normas internacionais penais passam a valer para todos os países que compõem os chamados blocos de institucionalidade, a saber: o bloco dos países que compõem e integram a Corte Europeia de Direitos Humanos e

¹ N. Bobbio, *A era dos direitos*, Campus, RJ, 1992, p. 40.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

aqueles, dentre os quais está o Brasil inserido, jungidos à Corte Americana de Direitos do Homem.

Esses chamados blocos de institucionalidade evoluíram também, a partir da criação dos Tribunais para o julgamento dos crimes na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, em face de crimes que chocaram a opinião pública internacional, resultando finalmente na criação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte.

As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Europeia e Americana, no julgamento de causas relacionadas a graves violações de Direitos Humanos, têm, nos respectivos subsistemas continentais, realizado importante mudança de enfoque na solução de problemas e demandas relacionadas aos direitos humanos. Um exemplo disso é o que recentemente ocorreu no Brasil com a Lei "Maria da Penha", como também no julgamento dos crimes praticados na Guerrilha do Araguaia, apenas para ficar em dois exemplos.

Com efeito, conforme acentua Noberto Bobbio, referido bloco de institucionalidade no plano internacional foi responsável pela modificação da visão *ex vi principis*, até então vigente, para a visão *ex parte populi*, em que não importa a visão do príncipe, mas sim a visão do povo ou do cidadão em matéria de respeito aos direitos humanos, ou seja, uma mudança total de enfoque na matéria.

Tais Cortes de Direitos Humanos, como também os Tribunais Penais Internacionais, como o atual Tribunal Penal Internacional, formam um verdadeiro bloco institucional, conforme dito, propício a receber toda a sorte de demandas que envolvam graves violações a direitos humanos ou crimes contra a humanidade, havendo verdadeiros vasos comunicantes entre tais órgãos para a solução dos casos.

É importante destacar o arcabouço institucional sobre o qual está erigido esse bloco institucional da Justiça Penal Internacional, havendo grande

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

importância, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, notadamente ao seu art. 14, das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos e do Estatuto de Roma.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ao contrário das Convenções regionais de direitos humanos, aplica-se a todos os países pertencentes à ONU, mas ainda não se encontra tão institucionalizado como as Convenções ou os Tribunais Internacionais.

Essas breves digressões são necessárias para situar o conhecimento da presente questão examinada por esta decisão, que envolve a obrigação do Brasil de seguir os tratados internacionais pactuados.

Por outro lado, a Constituição Federal possui uma série de dispositivos que veiculam a observância da proteção aos direitos humanos, a saber:

O art. 4º, II, prevê que *“República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) II – prevalência dos direitos humanos”*.

O art. 5º, §2º, dispõe que *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

E o § 3º do mesmo dispositivo: *“O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”*.

No caso tratado nos autos, a acusação gira em torno de crimes conexos a crimes de homicídio praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataques generalizados. Não restam dúvidas de que tais fatos configuram graves violações aos direitos humanos.

É certo que os massacres não ocorreriam se os agentes militares não tivessem contado com a colaboração, muitas vezes, conivente e partícipe, de

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

que, nesta fase de cognição sumária, se vê indícios de autoria por parte de médicos do IML.

O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto n.º 4.388, de 25/09/2002, definiu os crimes contra a humanidade, os quais já eram reconhecidos como *hard law* pelo direito internacional, nos termos de seu art. 7º:

"1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

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

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo

332
007

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

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

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

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

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

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

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

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

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

Assim, forçoso reconhecer que a acusação apresentada pelo Parquet Federal refere-se a crime conexo com os crimes de homicídio e desaparecimento forçado de pessoas.

Imputa-se aos acusados HARRY SHIBATA, ABEYLARD QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS os crimes previstos no artigo 299, parágrafo único, c.c. art. 25 e art. 44, II, alíneas "a" e "h", todos do Código Penal, na redação antiga, tratando-se de crime conexo, na modalidade consequencial, ao crime doloso contra a vida, praticado por agentes da repressão não identificados.

Configurada, ao menos nesta fase de cognição sumária, a natureza de crime contra a humanidade em relação aos fatos descritos na denúncia.

A partir disso, resulta que as normas penais internacionais, os julgamentos penais internacionais e o costume consideram tais crimes imprescritíveis e insuscetíveis de anista etc. Observe-se que, em matéria de direito penal internacional, o costume é *jus cogens*.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, na Extradução 1362/DF, em que o Estado argentino requereu a Extradução de Salvador Siciliano, acusado naquele país de prática de crimes contra a humanidade, na época da então ditadura militar, por pertencer a uma organização terrorista e paramilitar que participou ativamente na morte, desaparecimento e demais crimes contra a oposição política ao regime, assentou que o requisito da prescritibilidade não pode ser admitido para impedir a extradução nas hipóteses de crimes contra a humanidade:

"De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

comum, mas a esse campo do Direito a que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. Diversamente dos crimes comuns, as conseqüências de crimes internacionais 'não surgem em um primeiro momento, mas ao longo do tempo não cessam de ampliar' (Jankalevitch, V. L'imprescritibile. Paris, Seuil, 1986, p.18). Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacional, disciplina cuja finalidade é, como Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raiszan. São Paulo: Editora RT, 2008). Consequentemente, é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional. É nesse sentido a fundamentação do Ministério Público Federal, no parecer feito pela e. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques relativamente à imprescritibilidade, no direito brasileiro, dos crimes contra a humanidade. Os argumentos do Ministério Público foram deduzidos nos seguintes termos (fls. 561-566):

'No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do jus cogens, que, desde muito antes da consumação dos delitos, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilidade criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Como afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, "desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura e muitas infrações a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual sobre eles incidir as conseqüências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

As normas – cogentes de direito costumeiro internacional – que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam à 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

10 (1945); e) *Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950)*; d) *Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954)*; e) *Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966)*; g) *Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967)*; h) *Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969)*; i) *Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970)*; j) *Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971)*; k) *Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição das pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973)*.

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescritibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar(...).

A Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas, definiu, um ano antes da Lei de Anistia brasileira, as medidas a serem tomadas pelos Estados, convocando-os a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição está submetido o Estado brasileiro, nos termos do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, tem reconhecido que são inadmissíveis as disposições de prescrição que tenham por objetivo impedir a investigação e punição de responsáveis por graves violações dos direitos humanos (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, art. 41). A Corte reconhece, nesses julgados, o primeiro das normas costumeiras de direito internacional.

Em relação à prática constante e uniforme para a configuração do costume internacional como *jus cogens*, observou o Ministro Edson Fachin no supra mencionado voto:

“Tais práticas, como destacava Michael Akehurst (Custom as a source of international law, British Yearbook of International Law, vol. 47, n. 1 (1977), p. 21), não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, conforme recente abordagem da própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J., Report 2012, p. 136). Isso significa que a prática deve refletir-se nos principais órgãos do Estado. A ideia de que a prática deve ser consistente, ou de um ‘costume constante e uniforme’ (Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J., Reports 1950, p. 266) não deve traduzir, ademais, a obrigatoriedade de perfeição e a intolerância a algum nível de inconsistência (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14).

Como exemplos dessa prática, é possível citar o reconhecimento de jurisdição universal por parte da Espanha a fim de julgar o cidadão argentino Ricardo Cavallo acusado dos crimes de terrorismo, tortura e genocídio. Os fatos teriam ocorrido nos anos finais da década de 70 e o pedido de detenção ocorreu somente em 25 de agosto 2000, pelo

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

juizado de instrução n. 5 da audiência nacional de Madrid. Estando o acusado no México, foi requisitada a esse país sua extradição, tendo sido deferida pela Juíza Guadalupe Luna Altamirano, do Juizado do Sexto Distrito da Cidade do México, em 11 de janeiro de 2001. A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Justiça da Nação, no fallo sobre apelacion 140/2002, de 10 de junho de 2002. A Corte Suprema do Chile autorizou, em 21 de agosto de 2013, a extradição do ex-juiz federal argentino Otilio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo de lesa humanidade (...)

É importante observar no que tange às decisões de México e Chile que ambas as nações não são partes da Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade”.

Segundo Kai Ambos², é importante analisar os elementos constitutivos da responsabilidade individual por esses crimes. Esses se desdobram em aspectos objetivos e subjetivos. Quanto aos primeiros, é possível destacar três aspectos fundamentais.

Um primeiro aspecto digno de realce é o da *conexión causal*, ao qual não houve um enfrentamento dogmático, mas sim pragmático por parte do Tribunal de Nuremberg, analisando-se muito mais os aspectos probatórios envolvidos de modo a verificar ou não a conexão causal³.

Um segundo aspecto é a questão da *participação*. Nos julgamentos predominou a doutrina do desígnio comum ou *common design*, própria do direito anglo-saxão, bastando que o acusado estivesse envolvido na comissão do crime, partindo-se da ideia básica de que as atrocidades, por exemplo, perpetradas contra os judeus não poderiam ter sido cometidas sem o apoio de muitas pessoas e sem uma estrutura por trás que as assegurasse. Foi uma forma de estabelecer a responsabilidade por atos meramente preparatórios⁴.

² K. AMBOS, *Los fundamentos de la responsabilidad penal individual*, in *Temas de derecho penal internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 126.

³ K. AMBOS, *Los fundamentos de la responsabilidad penal individual*, in *Temas de derecho penal internacional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 127.

⁴ Op. cit., nota 66, p. 129.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Um terceiro aspecto refere-se à questão da *expansão da imputação*, segundo a qual se estabeleceu um **dever geral dos superiores de evitar ou prevenir o desrespeito às leis da guerra por seus subordinados, quando tenham ou devam ter ciência de eventuais atos criminosos por estes praticados**. Da mesma forma, os julgamentos do Tribunal de Tóquio estabeleceram a responsabilidade dos superiores civis por atos de seus subordinados, devendo ele renunciar, caso tenha conhecimento de uma atrocidade e não possa evitá-la⁵.

Além dessa responsabilidade por mando, pode-se também falar na responsabilidade por conspiração, que foi muito criticada durante os julgamentos de Nuremberg, pois não era conhecida do direito continental, parecendo uma mera punição da intenção.

Kai Ambos, em análise aos julgamentos por crimes de guerra realizados pela jurisprudência britânica, destaca a diferença entre conspiração, desígnio comum e participação de uma organização. Na primeira, haveria um acordo para cometer delitos. Na segunda, além do acordo se exigiria a efetiva prática deles. Na terceira, exige-se o conhecimento da organização e a participação voluntária e efetiva nela⁶.

Examinados os aspectos objetivos, passemos à análise dos elementos subjetivos da responsabilidade individual (*mens rea*).

Neste campo, entende-se que se deve afastar todas as presunções, limitando-se por outro laudo todas as alegações de erro de direito, admitindo-as apenas nas hipóteses em que inevitáveis⁷, o que se coaduna com a doutrina geral de direito penal nesta matéria.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico atingido e a recente introdução desse crime no cenário jurídico mundial, bem como o fato de estar

⁵ Op. cit., nota 66, p.132, *apud* Roling e Rutgers (eds), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the far east (IMTFE)*, Amsterdam, 1977.

⁶ Op.cit., nota 66, p. 133, *apud* UNWCC, *Law Reports XV*, London, 1947-1949 (UNWCC Law Reports), pp.97-99.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

diretamente relacionado à proteção dos direitos humanos, importa lembrar, em breves linhas, algumas características da responsabilidade penal por crimes contra a humanidade.

Ao utilizar a mesma sistemática de estudo dos crimes internacionais em geral, conforme visto acima, vamos desdobrar a análise das principais questões que envolvem os crimes contra a humanidade a partir da análise de seus elementos objetivos e subjetivos.

Um primeiro elemento objetivo presente nos crimes contra a humanidade e que deve ser analisado para a sua verificação ou não, é o fato de que só se caracteriza crime contra a humanidade o ato que esteja relacionado a um sistema de terror, assim mesmo atos individuais podem ser tidos como crimes contra a humanidade, desde que praticados dentro de um contexto desse tipo⁸.

Nestes crimes verifica-se um acentuado componente ideológico, pois são utilizados para um propósito político específico, em um sistema de contexto ditatorial de violência. Outra característica importante, é que a política que o fundamenta não precisa ser hegemônica⁹.

Alguns elementos objetivos dessa responsabilidade (*actus reus*) podem ser analisados.

O mais importante deles refere-se à *participação/cumplicidade*.

Entende-se que a participação deve ser vista de forma individualizada, de modo a verificar a contribuição para o ato criminal. A esse respeito, é interessante a referência ao famoso caso *Eichmann*, em que foi condenado como autor principal, apesar de praticado vários atos de apoio ou cooperação. Com efeito, a Corte israelense concluiu por uma nova forma de analisar a questão da macrocriminalidade, em que não seria possível o cometimento dos crimes contra a humanidade na escala em que foram

⁷ Op. cit., nota 67, p. 135.

⁸ Op. cit., nota 67, p. 137.

⁹ Op. cit., nota 67, p. 138.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

praticados, sem a colaboração de terceiros e sem uma estrutura para tal fim.

Considerou-se ainda que a responsabilidade aumenta, na medida em que aumenta o nível de comando da pessoa envolvida¹⁰.

É a aplicação da doutrina do domínio do fato, em que se pode aplicar a teoria da autoria mediata, em que determinado aparato militar pode conferir aos seus líderes ou comandantes do domínio dos atos de seus subordinados, que executam crimes ordenados ou concebidos por seus comandantes, tratando-se de verdadeiros autores fungíveis do ato¹¹.

Esses têm sido os entendimentos aplicados nos casos de repressão aos crimes contra a humanidade praticados na Argentina e no Chile, durante a ditadura militar¹².

Quantos aos elementos subjetivos do crime, os julgamentos dos crimes de guerra nazistas demonstraram que basta a presença do dolo eventual, algo entre o dolo e a culpa consciente. Em *Eichmann*, por exemplo, o autor sabia da solução final; assim, a destruição dos judeus integrou o dolo¹³.

Nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal para antiga Iugoslávia, seguiram-se os mesmos passos já trilhados pelos julgamentos dos crimes dos nazistas, exigindo-se para a punição a existência de uma contribuição causal para a prática do crime e uma atuação intencional e consciente, com as variações adequadas para as situações de comando, em que a responsabilidade pode se dar por atos praticados por pessoas sob comando¹⁴.

Além disso, só a presença na cena do crime não é suficiente para a responsabilidade individual, devendo ser demonstrado que o acusado sabia que sua presença teria um efeito substancial e direto no crime, sendo que este conhecimento pode ser inferido das circunstâncias, não sendo necessário provar

¹⁰ H. Arendt, *Eichmann em Jerusalém – Um relato sobre a banalidade do mal*, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, nota 28, pp 290/322.

¹¹ K. Ambos, op. cit., nota 66, p. 140.

¹² Para uma maior discussão k. Ambos, Op.cit., pp. 141 e 142.

¹³ Para uma maior discussão K. Ambos, Op. cit., pp. 142 e 143 e H. Arendt, Op. cit, nota 34.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

diretamente o conhecimento do acusado, sendo que isso não se confunde com presunção, tratando-se de análise objetiva das circunstâncias do caso concreto¹⁵.

Como conclusão, pode-se dizer que os seguintes elementos, indicados nos arts. 25 a 28, do Estatuto de Roma, são universalmente reconhecidos como princípios gerais de direito penal supranacional: 1º) No âmbito objetivo, estabelece um conceito amplo de participação, incluindo a possibilidade inclusive das chamadas autorias indiretas, por meio da qual um superior hierárquico pratica um crime, em razão do domínio do fato (aparato organizado de poder); 2º) No âmbito de análise subjetiva, tem-se que o conhecimento e a intenção podem ser eventualmente provada circunstancialmente; 3º) A existência de distintas formas de expansão da imputação, em que a responsabilidade por mando é mais conhecimento, mas também pode ocorrer em se tratando de omissões, como neste caso, como nas hipóteses de ação¹⁶.

Continuando na análise do presente caso concreto, é forçoso reconhecer-se ainda que, uma vez definidos como crimes contra a humanidade, ao menos nesta fase de cognição sumária, aplica-se, como dito, o primado da imprescritibilidade de tais fatos típicos.

Destaco, após esses comentários que revelam meu entendimento pela possibilidade de punição dos crimes indicados na denúncia, eis que praticados contra a humanidade e imprescritíveis, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153, rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil pela revisão da Lei nº 6.683/74, decisão essa, apesar de ainda pender embargos de declaração, possui efeito *erga omnes* e vinculativos a todo o Judiciário Nacional, por força do disposto no art. 10, da Lei nº 9.882, de 03 dezembro de 1999.

¹⁴ Para uma maior discussão, K. Ambos, Op. cit., pp. 146/148.

¹⁵ K. Ambos, Op. cit., nota 67, p. 148 e 153.

¹⁶ *Ibid*, p. 153.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Mesmo o entendimento acima indicado, esposado pelo Ministro Edson Fachin, no julgamento da Extradicação 1362/DF, foi levado a plenário recentemente, julgamento este ainda pendente de decisão definitiva em razão de pedido de vista de um dos Ministros, no entanto, já se formou a maioria para não se permitir a Extradicação, considerado, pois, prescritível o crime de que se trata.

Portanto, admitir-se, no caso concreto ora analisado, o processamento dos denunciados diante desse quadro jurídico que se delineia, em que não se vislumbra, por ora, nenhuma possibilidade de alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a decisão da Corte Americana de Direitos Humanos na decisão sobre a guerrilha do Araguaia, se me afiguraria a imposição de uma posição pessoal deste Magistrado, dissociada do que restou estabelecido até agora pela mais alta Corte Judicial do país, em decisão com efeito vinculante.

Em decisão tomada, em 29 de setembro de 2014, na Reclamação nº 18.686/RJ, em que se recebera denúncia pela prática de crimes praticados na ditadura militar, tendo como vítima, dentre outros, Marcelo Rubens Paiva, o Ministro Teori Zavaski fez prevalecer o decido na ADPF 153, relatoria do então Ministro Eros Grau:

“São relevantes os fundamentos deduzidos na presente reclamação. Em juízo de verossimilhança, não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e definido no âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros) (...) Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99), podendo seu cumprimento ser exigido por via de reclamação (art. 13)”.

Até se poderia vislumbrar por um eventual discrimen entre crimes

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181
praticados pelo Estado em perseguição política daqueles praticados por um Estado paralelo, que se estabeleceu nos antigos DOI-CODIs, e não contavam com o apoio da própria estrutura militar, daí o caráter marginal de suas atividades¹⁷, exatamente como se verifica no caso em tela, hipótese que não seria abrangida pela decisão na supra mencionada ADPF.

Todavia, infere-se do próprio teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, que se entendeu pela interpretação da Lei de Anistia como um exemplo de lei-medida (*Massnahme gesetze*), ou seja, norma que disciplina diretamente determinado interesse:

*“O significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas ‘leis-medida’ (*Massnahme gesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão ‘crimes conexos’ na Lei n. 6.683. É da anistia de então que estamos a*

¹⁷ Elio Gaspari em “A ditadura Encurralada, Volume 4, pág. 15, alude a essa dissonância entre a cúpula militar da época e verdadeira marginalidade criminosa que operara ao redor do regime militar: “Este livro conta com a história desses anos. Para escrevê-lo, tive a ajuda decisiva de dois dos grandes personagens do regime. Ernesto Geisel e Golbery do Couto e Silva deram-me longas, sinceras e pacientes entrevistas. Se deixei respostas sem perguntas, a culpa foi minha. Golbery, chefe do Gabinete Civil e principal articulador político de Geisel, cedeu-me também o arquivo pessoal dele. Eram 25 caixas que estavam guardadas em sua garagem, num sítio de Luziânia, nas cercanias de Brasília. Nelas há de tudo. Desde panfletos anônimos (de autoria conhecida) até um telex do general José Maria de Andrada Serpa, de janeiro de 1976, dissociando-se, como comandante da 7ª Região Militar, de uma articulação de solidariedade para com a criminalidade do DOI-CODI paulista. Se Golbery não tivesse guardado uma cópia desse telex, a mais corajosa manifestação de um general em função de comando contra a anarquia delituosa dos DOIs dormiria entre os papéis da burocracia militar” (grifo nosso).

Autos nº 0011715-42.2016.403.6181

cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada”.

Enfim, o Supremo entendeu pela extensão da lei em questão para os crimes conexos praticados por agentes do Estado contra os que lutavam contra o regime de exceção, possuindo a anistia caráter bilateral, amplo e geral, excepcionando-se apenas os já condenados – e com sentença transitada em julgado – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Em suma, este é o panorama traçado pela jurisprudência do país, a partir de sua mais alta Corte, sendo que, ainda que em dissonância com o que tem sido decidido no âmbito dos Tribunais Internacionais, conforme visto acima, pelo que o país, uma vez mantida a decisão, e tudo indica que o será, poderá ser, de algum modo, responsabilizado no âmbito internacional, senão politicamente pelo menos, verdade é que, em termos de soberania interna, não há como não garantir o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte.

O representante do Ministério Público Federal, em sua manifestação de fls. 266/307 dos autos em apenso, alude ainda à ADPF 320/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, ainda pendente de decisão, com parecer favorável da Procuradoria Geral da República, e que discutiria o chamado controle de convencionalidade, visto que a decisão na ADPF 153 ocorrera antes da decisão da Corte Americana de Direitos Humanos quanto ao caso Araguaia, em que se determinara a punição pelos crimes ali praticados. Todavia, é fato que ainda prevalece, no território nacional, a decisão anterior da ADPF 153, sendo que, ao que tudo indica, à vista do recentemente decidido, ainda que não concluído o julgamento, na Extradução 1362/DF, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, a maioria do Supremo inclinar-se-á pela prescritibilidade dos chamados crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar. Falta, pois, plausibilidade jurídica ao pedido, ressaltando-se, por fim, que nas respectivas

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Reclamações, como visto em um exemplo acima transcrito, o Supremo Tribunal tem suspenso as decisões judiciais refratárias à tese da prescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar.

A situação ainda é mais dramática quando se verifica que os eventuais autores desses crimes possuem, se ainda vivos, idade elevada, sendo que talvez não haja mais tempo hábil para a responsabilização penal. O país perderia, portanto, uma oportunidade de punir eventuais autores de crimes graves praticados contra os direitos humanos, punição esta que serviria de exemplo para que fatos como esse não mais ocorressem. Frise-se que a história do Brasil demonstra um exacerbado autoritarismo, que desde meados do II Império, teima, muitas vezes, em fazer valer, sob o império da força, sua vontade, o que também, sob esse prisma, justificaria um enfrentamento, pelo devido processo legal, de crimes praticados sob o manto do autoritarismo estatal, ainda que marginal.

Todavia, bem ou mal, a sociedade optou por uma transição pacífica, através de uma anistia geral e irrestrita, sendo que as vítimas desses crimes e seus familiares, têm sido indenizadas pela União, entendendo-se pela inadmissibilidade de persecução penal em relação a esses fatos, conforme visto acima.

Portanto, ressaltando meu entendimento pessoal, tendo em vista a fundamentação supra, não há alternativa senão rejeitar a denúncia.

Posto isso, **REJEITO** a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incurso nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, "b" e "h" c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal, com fulcro no art. 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, combinado com o art. 1º, ~~da~~ Lei nº 6.683/79, art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99, bem como a decisão proferida pelo STF na ADPF 153.

Autos n.º 0011715-42.2016.403.6181

Não havendo recurso, façam-se as comunicações e anotações necessárias e, posteriormente, arquivem-se os autos.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

São Paulo, 4 de novembro de 2016. -

SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE

Juiz Federal