



MPF Procuradoria
da República em
Santa Catarina
Ministério Público Federal

3º
Ofício

RUA PASCHOAL APÓSTOLO PITSICA, 4876, TORRE 1, ATICO – ED. LUIZ E. DAUX - FPOIS - SC – 88025-255 - FONES: (48) 2107-6100 – www.prsc.mpf.mp.br

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) JUIZ(A) DA 7ª VARA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS

Autos nº	5012165-46.2018.4.04.7200
Recorrente	Ministério Público Federal

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelos Procuradores da República signatários, vem ante Vossa Excelência, nos termos do art. 581, I do Código de Processo Penal, interpor **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** ou **APELAÇÃO**, em face da Sentença sob evento Evento 8, SENT1 dos autos da Ação Penal epigrafada, esperando, porém, que, na forma do art. 589 do Código de Processo Penal, seja reformada a referida Sentença. Mantida a Sentença, requer seja aberta vista ao recorrente para aditamento das razões, se necessário (CPP, art. 588). Deixa de indicar as peças que deverão compor o instrumento, primeiramente em face de se tratar de autos eletrônicos; e, em segundo lugar, também porque, em face do princípio da fungibilidade dos recursos, a hipótese recursal tanto se enquadra na do art. 581, I do CPP quanto na do art. 593, I e II do CPP, neste caso por se tratar de decisão com força de definitiva.

Nestes Termos
Pede Deferimento.


João Marques Brandão Néto
Procurador da República



Autos nº	5012165-46.2018.4.04.7200
Recorrente	Ministério Público Federal

EMÉRITOS JULGADORES,

Em que pese o brilho da Sentença recorrida, fruto do dedicado trabalho da Digna e Operosa Magistrada *a quo*, merece restar provido o presente recurso em sentido estrito/apelação, reformando-se a Decisão recorrida, conforme se passa a demonstrar.

1 – A SENTENÇA RECORRIDA

1.1. Em resumo, a Sentença¹ rejeitou a Denúncia com base na *concessão da anistia, nos termos do artigo 1º da Lei n. 6.683/79 e do artigo 107, II, do Código Penal, e pela ocorrência da prescrição, nos termos dos artigos 107, IV, c/c 109, I, e 115, todos do Código Penal. E indeferiu o pedido de revisão criminal formulado pelo Ministério Público Federal.*

1.2. A Decisão recorrida argumenta que houve anistia no ato convocatório da Constituinte² (EC 26/1985, art. 4º). Aqui convém assinalar dois equívocos, com o devido respeito: a anistia, ali (§ 2º do art. 4º), se refere a *os que foram punidos ou processados*, o que não é o caso dos denunciados, que nunca foram punidos ou

1 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 8, SENT1, Página 1-

2 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 8, SENT1, Página 20



processados pelo regime militar em face dos ato objeto da presente denúncia. Ademais, atos convocatórios de constituinte não dão “status” constitucional às disposições ali contidas. Tanto não dão tal “status”, que a anistia do art. 8º do ADCT se restringe somente aos que foram punidos por atos de exceção, o que não é o caso, repita-se, dos denunciados/recorridos. Logo, não procede tal argumento da Digna Sentença recorrida. Até porque tal disposição do ADCT guarda coerência com o disposto no art. 5º, XLIV da CRFB (*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*), contra o qual não há direito adquirido³, conforme decisões do STF em que foram relatores ministros nomeados durante a ditadura militar. Logo, desde já se argui que **a Sentença recorrida NEGA VIGÊNCIA art. 8º do ADCT da Constituição da República Federativa do Brasil.**

1.3. A Sentença recorrida se fundamenta⁴ também na Lei nº 6.683/79 e no julgamento da ADPF n. 153⁵, para dizer que os acusados foram anistiados. A Sentença recorrida também se fundamento no acolhimento da prescrição:

(...)

Ainda que não fosse declarada extinta a punibilidade em virtude da anistia, os crimes imputados aos denunciados encontram-se prescritos, uma vez que desde a data dos fatos (1967 e 1969) transcorreu tempo muito superior ao prazo prescricional máximo de 20 anos previsto no Código Penal (artigo 109, I), sem que tenha se configurado qualquer das causas interruptivas da prescrição.

Nos termos da jurisprudência do STF, o fato de a denúncia qualificar os crimes como de lesa-humanidade não afasta a incidência da prescrição (STF, Ext 1362, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão:

3 - *NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO CONTRA TEXTO CONSTITUCIONAL, RESULTE ELE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, OU DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO. PRECEDENTES DO S.T.F. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 94414, MOREIRA ALVES, STF.); INOCORRENCIA DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES: MS 20.157, PLENO, RTJ 95/51. RE NÃO CONHECIDO. (RE 93290, CORDEIRO GUERRA, STF.)*

4 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 8, SENT1, Página 21-24

5 Há menção, além da ADPF 153 (STF, ADPF 153, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2010, DJe-145 DIVULG 05-08-2010 PUBLIC 06-08-2010 EMENT VOL-02409-01 PP-00001 RTJ VOL-00216-01 PP-00011), a outro julgado (STF, Ext 1327 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 27/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017).



Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-200 DIVULG 04-09-2017 PUBLIC 05-09-2017)

Assim, ainda que se afastasse a incidência da Lei da Anistia, a punibilidade dos denunciados está extinta, em razão da ocorrência da prescrição, nos termos dos artigos 107, IV, c/c 109, I, e 115, todos do Código Penal.

1.4. A Sentença recorrida, finalmente, nega pedido analógico de revisão criminal⁶ por se entender sem competência para processá-la e por ver o MPF desprovido de legitimidade para pleiteá-la.

1.5. Todos estes pontos já foram exaustivamente expostos na Denúncia, de modo que, daqui por diante, a ela se volverá, para fazer, mediante remissão, a tratativa de tais pontos.

2 – DESCRIÇÃO SUMARIADA DA DENÚNCIA

2.1. Trata a denúncia que foi rejeitada de crimes cometidos pela Ditadura Militar.

2.2. Em resumo, trata-se da montagem do suicídio do então prefeito de Balneário Camboriú, Higino João Pio, nas dependências da Escola de Aprendizes Marinheiros, em Florianópolis, ocorrida no dia 03 de março de 1969.

2.3. A denúncia compõe-se de sete itens, cada item dividido em subitens e parágrafos. O item 1, introito⁷, trata dos prolegômenos, com a introdução,

6 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 8, SENT1, Página 24-27

7 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 1



resumo e a qualificação dos acusados. O item 2⁸ diz respeito aos documentos que o MPF, como instituição, produziu para manifestar seu entendimento geral a respeito de perseguições penais como a presente. Este item 2 divide-se nos seguintes subitens: 2.1⁹, que trata de documentos de caráter geral produzidos pelo MPF e no qual se informa que o MPF/2ª CCR tem como suas prioridades a perseguição penal dos crimes praticados durante a ditadura militar, conforme estabelecido pelo colegiado em razão de compromissos internacionais; 2.2¹⁰, que faz um resumo de casos relativos à Justiça de Transição já tratados pelo MPF e que foram publicados; 2.3¹¹, que apresenta as normas jurídicas produzidas pela ditadura militar, a fim de transformar em direito os atos de força que praticara; 2.4¹², que demonstra a competência da Justiça Federal para processar os crimes objeto da presente denúncia, bem como que não ocorreu a prescrição. O item 3¹³ relata as provas amealhadas durante a investigação. Este item 3 divide-se nos seguintes subitens: 3.1¹⁴, onde se discorre sobre os documentos contemporâneos que originaram o PIC (ou seja, documentos surgidos a partir de 2011, relativos ao Inquérito Civil; e, a partir de 2014, relativos ao PIC); entre estes documentos contemporâneos, está o laudo da CNV que concluiu pela farsa do suicídio. Também nestes documentos contemporâneos estão os depoimentos de pessoas que presenciaram parte dos fatos de 1969, prestados em 2014, no bojo do Inquérito Civil. Segue-se um relato do que aconteceu no PIC a partir de 2015. O subitem 3.2¹⁵ é uma brevíssima introdução histórica aos fatos que vão de 1965 a 1969. O subitem 3.3¹⁶ é um relato dos documentos históricos, ou seja, aqueles que compuseram o processo da subcomissão que prendeu Higino João Pio e tentou

- 8 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 5
- 9 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 5
- 10 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 15
- 11 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 18
- 12 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 27
- 13 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 42
- 14 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 42
- 15 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 63
- 16 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 65



imputar-lhe crimes de corrupção. Neste ponto, além da menção aos documentos históricos, transcreve-se o seu conteúdo. Há também tabelas descritivas e outras informações. Este subitem 3.3 traz os detalhes do processo de 1969 e sua leitura pode ser importante para a compreensão da narrativa em ordem cronológica dos fatos que virá no item 4. O subitem 3.4¹⁷ relata as provas que o MPF obteve a partir de 2015, no PIC. Ai estão depoimentos, pesquisas em jornais, indagações junto ao Arquivo Nacional, pesquisas na internet etc.

2.4. O item 4¹⁸ faz a descrição dos fatos em ordem cronológica. Apesar da leitura da denúncia, quanto aos fatos, poder ser iniciada daqui, pois há remissão aos parágrafos anteriores, a descrição completa dos fatos e algumas conclusões podem não estar somente aqui, mas em outros itens. De qualquer sorte, a compreensão dos fatos objeto da denúncia é possível mediante a leitura deste item 4.

2.5. O item 5¹⁹ trata da classificação dos crimes e se divide em subitens: 5.1²⁰ diz respeito ao conflito temporal de leis, ou seja, a questão das leis vigentes em 1969 que foram modificadas até a atualidade e as consequências na punibilidade; 5.2²¹ diz respeito aos enquadramentos dos acusados; 5.3²² trata da extinção da punibilidade quanto aos que faleceram, entendendo-se aqui necessário mencionar o crime para justificar o pedido de extinção da punibilidade. O item 6²³ trata de requerimento de revisão criminal, pleito que reivindica a adequação do instituto à excepcionalidade do presente caso. No item 7²⁴ está a peroração, com os requerimentos finais e o rol de testemunhas.

17 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 143
18 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 186
19 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 313
20 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 313
21 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 318
22 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 321
23 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 323
24 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 326



3 – POSIÇÃO INSTITUCIONAL DO MPF QUANTO À ANISTIA E A PRESCRIÇÃO²⁵

3.1. A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (2ª CCR), no “Documento 1”, de 21 de março de 2011, reiterou o dever do MPF de, na qualidade de titular exclusivo da ação penal pública, cumprir, na maior medida possível, os deveres impostos ao Estado brasileiro relacionados à persecução penal das graves violações a DH cometidas no âmbito da repressão política a dissidentes do regime militar. Em 2013, a então Coordenadora da 2ª CCR, Subprocuradora-Geral da República **Raquel Elias Ferreira Dodge**, assim se manifestou²⁶ sobre a anistia:

A anistia é frequentemente invocada como elemento de conciliação, mas é muitas vezes apontada como elemento inibidor do acesso à verdade, à justiça penal e à reparação.

3.2. Nas fls. 235-237²⁷ do PIC nº 1.33.000.002145/2014-52, que instruiu a ação penal, consta ofício Coordenador GT Justiça de Transição, onde o caso da morte de Higino João Pio é encaminhado à PRSC. Há menções às recomendações da (CNV) Comissão Nacional da Verdade, que se encontram na internet²⁸. Estas recomendações, que a 2ª CCR do MPF adotou como deveres impostos ao Estado brasileiro relacionados à persecução penal das graves violações a DH cometidas no âmbito da repressão política a dissidentes do regime militar, **tratam exaustivamente da inaplicabilidade da Lei da Anistia e da não aplicação das regras prescricionais**. Em nome da **unidade e da indivisibilidade do MPF** (CRFB, art. 127, §

25 Na denúncia, este ponto consta em Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 5 a 42.

26 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>

27 Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, PROCADM3, Página 133-137

28 http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_1_digital.pdf



1º), o órgão signatário transcreve abaixo as considerações da 2ª CCR sobre tais recomendações da CNV, que estão nas pp. 235v a 237²⁹ do PIC nº 1.33.000.002145/2014-52 que instruiu a Denúncia:

II. RECOMENDAÇÕES

10. Levando em conta as conclusões acima expostas e com o intuito de prevenir graves violações de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover o aprofundamento do Estado democrático de direito, CNV recomenda a adoção de um conjunto de dezessete medidas institucionais e de oito iniciativas de reformulação normativa, de âmbito constitucional ou legal, além de quatro medidas de seguimento das ações e recomendações da CNV. Esse rol de 29 recomendações foi concebido a partir, inclusive, de sugestões emanadas de órgãos públicos, entidades da sociedade e de cidadãos, que as encaminharam por intermédio de formulário especificamente disponibilizado com essa finalidade no site da CNV. Por meio desse mecanismo de consulta pública, foram encaminhadas à CNV, em agosto e setembro de 2014, 399 propostas com sugestões de recomendação.

A) Medidas institucionais

[...]

[2] Determinação, pelos órgãos competentes, da responsabilidade jurídica – criminal, civil e administrativa – dos agentes públicos que deram causa às graves violações de direitos humanos ocorridas no período investigado pela CNV, afastando-se, em relação a esses agentes, a aplicação dos dispositivos concessivos de anistia inscritos nos artigos da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, e em outras disposições constitucionais e legais

13. A CNV considerou que a extensão da anistia a agentes públicos que deram causa a detenções ilegais e arbitrarias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres é incompatível com o direito brasileiro e a ordem jurídica internacional, pois tais ilícitos, dadas a escala e a sistematicidade com que foram cometidos, constituem crimes contra a humanidade, imprescritíveis e não passíveis de anistia. Relativamente a esta recomendação – e apenas em relação a ela, em todo o rol de recomendações –, registre-se a posição divergente do conselheiro



José Paulo Cavalcanti Filho, baseada nas mesmas razões que, em 29 de abril de 2010, levaram o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no 153, com fundamento em cláusulas pétreas da Constituição brasileira, a recusar, por larga maioria (sete votos a dois), essa tese.

14. Para a fundamentação de sua posição, a CNV considerou que, desde meados do século XX, em decorrência da investigação e do julgamento de violações cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a crescente internacionalização dos direitos humanos, com a consolidação de parâmetros de proteção mínimos voltados à proteção da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina internacionalistas são unânimes em reconhecer que os crimes contra a humanidade constituem violação ao costume internacional e mesmo de tratados sobre direitos humanos. A elevada relevância do bem jurídico protegido – nas hipóteses de crimes contra a humanidade, a abranger as práticas de detenções ilegais e arbitrárias, tortura, execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres – requer dos Estados o cumprimento da obrigação jurídica de prevenir, investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos. A importância do bem protegido justifica o regime jurídico da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e da impossibilidade de anistia, determinado pela ordem internacional e decorrente da proteção à dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, previstas pela Constituição brasileira (artigos 1º, III, e 4º, II), bem como da abertura desta ao direito internacional dos direitos humanos (artigo 5º, parágrafos 2º e 3º).

15. Por consequência, considerando a extrema gravidade dos crimes contra a humanidade, a jurisprudência internacional endossa a total impossibilidade de lei interna afastar a obrigação jurídica do Estado de investigar, processar, punir e reparar tais crimes, ofendendo normas peremptórias de direitos humanos. A proibição da tortura, das execuções, dos desaparecimentos forçados e da ocultação de cadáveres é absoluta e inderrogável. Na qualidade de preceito de jus cogens, não pode sofrer nenhuma exceção, suspensão ou derrogação: nenhuma circunstância excepcional – seja estado de guerra ou ameaça de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública – poderá ser invocada como justificativa para a prática de tortura, desaparecimento forçado ou



homicídio. Prevalece o dever jurídico do Estado de prevenir, processar, punir e reparar os crimes contra a humanidade, de modo a assegurar o direito à justiça e à prestação jurisdicional efetiva. A esse dever correspondem os direitos à justiça e à verdade, os quais abrangem o direito a uma investigação rápida, séria, imparcial e efetiva, e a que sejam instaurados processos voltados à responsabilização dos autores das violações, inclusive na esfera criminal, bem como o direito das vítimas e seus familiares à obtenção de reparação.

16. Em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) responsabilizou o Brasil pelo desaparecimento de participantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares da década de 1970 (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil). Sustentou que as disposições da Lei de Anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Respaldou sua argumentação em sólida jurisprudência internacional, destacando também emblemáticas decisões judiciais que invalidaram leis de anistia na América Latina.

17. A decisão reitera a relevante jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria. No caso Barrios Altos vs. Peru (2001), a Corte considerou que leis de autoanistia perpetuam a impunidade, obstruem o esclarecimento dos fatos, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e a seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma afronta direta à Convenção Americana. Dessa maneira, as leis de autoanistia configurariam um ilícito internacional e sua revogação, uma forma de reparação não pecuniária. No mesmo sentido, no caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), a Corte decidiu pela invalidade de decreto-lei do período ditatorial, por implicar a denegação de justiça às vítimas e por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos. No caso La Cantuta vs. Peru (2006), ao voltar a manifestar-se sobre as leis de anistia peruanas, a Corte sustentou que “o aparato estatal foi indevidamente utilizado para cometer crimes de Estado, para, depois, encobrir tais crimes e manter seus agentes impunes. O jus cogens resiste aos crimes de Estado, impondo-lhe sanções”. Na



América Latina, há significativa jurisprudência a respeito da imprescritibilidade e não aplicação de leis de anistia em relação a crimes de lesa-humanidade, como ilustram os casos de Argentina, Chile, Peru, Colômbia e Paraguai.

18. A racionalidade da Corte Interamericana é clara: leis de autoanistia constituem ilícito internacional; perpetuam a impunidade; e propiciam uma injustiça continuada, impedindo às vítimas e a seus familiares o acesso à justiça, em direta afronta ao dever do Estado de investigar, processar, julgar e reparar graves violações de direitos humanos.

3.3. O MPF/2ª CCR tem como suas prioridades a persecução penal dos crimes praticados durante a ditadura militar³⁰. Vejam-se os documentos Crimes da Ditadura Militar³¹ e Grupo de Trabalho Justiça de Transição³², ambos produzidos e publicados pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (2CCR) do MPF.

3.4. O documento Crimes da Ditadura Militar traz, entre outras informações, **as teses institucionais adotadas pelo MPF**. O documento Grupo de Trabalho Justiça de Transição também traz **as teses institucionais adotadas pela 2CCR e pelo GTJT**³³. Alguns excertos³⁴ deste documento são reproduzidos a seguir, em nome da **unidade e indivisibilidade do MPF** (CRFB, art. 127, § 1º):

A. Obrigações positivas do Estado brasileiro em matéria penal. A sentença do caso Gomes Lund e o direito internacional dos DH

1. Estado da matéria no direito internacional dos DH

(...)A partir da análise dos tratados de DH e da jurisprudência internacional relacionada à matéria, é possível identificar as seguintes obrigações positivas dos Estados em matéria de proteção a

30 http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/sobre/gestao-estrategica/copy_of_metas-e-prioridades – acesso em 21/5/18

31 http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf – acesso em 3/4/18

32 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf> – acesso em 3/4/18

33 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf> – acesso em 3/4/18 – pp. 48 a 87.

34 http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf – acesso em 3/4/18 – pp. 38, 41, 42-54.



DH por meio do sistema penal: a) dever de tipificar certas condutas como ilícitos criminais; b) dever de promover uma investigação séria, imparcial e minuciosa dos fatos, assumida pelo Estado como obrigação sua, e não como ônus da vítima; c) dever de promover a persecução penal, em juízo, dos autores das violações (adotada especialmente no sistema interamericano); d) dever de cooperar com outros Estados na persecução de crimes transnacionais; e) dever de estabelecer jurisdição criminal sobre violações cometidas em seus territórios.

É preciso fazer especial referência à ênfase dada pelo direito internacional dos DH aos deveres estatais relacionados às vítimas das violações a DH. Tais deveres incluem: a) dever de proteger testemunhas e vítimas contra intimidações e outras formas de vitimização secundária; b) dever de garantir que os interesses e preocupações das vítimas sejam apresentados e levados em conta em procedimentos criminais; c) dever de assegurar que as vítimas sejam informadas de todas as decisões relevantes relativas ao seu caso; d) dever de assegurar proteção física e psicológica e assistência social às vítimas das violações.

(...)

2. Pontos resolutivos da sentença relacionados à persecução penal de graves violações a DH cometidas durante o regime ditatorial. Obrigações dirigidas ao MPF

Os pontos resolutivos da sentença do caso Gomes Lund em discussão são os seguintes:

3. As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de DH são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de DH consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.

[...]

9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do



presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

A posição do MPF relativa a tais pontos foi inicialmente sistematizada em dois documentos homologados pelos membros da 2CCR no ano de 2011, referidos como “Documento 1” e “Documento 2”.

No “Documento 1”, de 21 de março de 2011, a 2CCR reiterou o dever do MPF de, na qualidade de titular exclusivo da ação penal pública, cumprir, na maior medida possível, os deveres impostos ao Estado brasileiro relacionados à persecução penal das graves violações a DH cometidas no âmbito da repressão política a dissidentes do regime militar. Tais deveres estão assim sistematizados no documento:

No que tange às atribuições criminais do MPF, a Corte IDH determinou ao Brasil conduza eficazmente a investigação penal para esclarecer os fatos, para definir as correspondentes responsabilidades penais e para impor efetivamente as sanções penais cabíveis. Esta obrigação deve ser cumprida pelo Brasil em um prazo razoável, e as autoridades brasileiras devem adotar os seguintes critérios:

- a) levar em conta o padrão de violações de DH existente na época, a complexidade dos fatos apurados, e o contexto em que os fatos ocorreram;*
- b) evitar omissões no recolhimento da prova e seguir todas as linhas lógicas de investigação;*
- c) identificar os agentes materiais e intelectuais do desaparecimento forçado e da execução extrajudicial de pessoas;*
- d) não aplicar a Lei de Anistia aos agentes de crimes;*
- e) não aplicar prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade criminal para eximir-se do cumprimento da obrigação determinada pela Corte;*
- f) garantir que as autoridades competentes realizem, ex officio, as investigações criminais correspondentes à obrigação*



determinada pela Corte e responsabilizem os agentes culpados. Para este efeito, devem ter a seu alcance e utilizar todos os recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas; devem ter acesso garantido à documentação e informação necessárias para elucidar os fatos e concluir, com presteza, as investigações e ações criminais que esclareçam o que ocorreu à pessoa morta e às vítimas de desaparecimento forçado; g) garantir a segurança das pessoas que participem da investigação, tais como familiares das vítimas, as testemunhas e os operadores de justiça; h) assegurar a não realização de atos que impliquem obstrução ao andamento do processo investigativo.

O Brasil deve assegurar o pleno acesso dos familiares das vítimas a todas as etapas da investigação e do julgamento dos responsáveis, de acordo com a lei brasileira e as normas da CADH. Além disso, os resultados dos respectivos processos deverão ser publicamente divulgados, para que a sociedade brasileira conheça os fatos e seus perpetradores.

Finalmente, o Estado deve garantir que as ações penais movidas contra quem é ou tenha sido funcionário militar seja processada e julgada na jurisdição ordinária, e não no foro militar. (Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-detrabalho/justica-transicao/documentos/decisoes-e-atos-administrativos-internos/2a%20Camara%20-%20Doc.%201%20-%20Caso%20Gomes%20Lund%20versus%20Brasil.pdf>>.

Para cumprir de maneira eficaz seu dever constitucional e a decisão da Corte IDH, o MPF deve, ainda segundo o documento, “assegurar apoio institucional a seus membros com atribuição sobre cada caso concreto”, inclusive com a “definição de recursos logísticos e científicos necessários para recolher e processar as provas [...], acessar a documentação e informação pertinentes, [...] investigar os fatos denunciados, e conduzir, com eficiência, as ações e investigações essenciais para esclarecer o que ocorreu a mortos e desaparecidos”.

O “Documento 2”, homologado pela 2CCR em 3/10/2011, ratifica



as conclusões constantes do documento anterior e acrescenta ainda, a propósito das obrigações em matéria penal dirigidas ao Estado brasileiro, as seguintes observações: a) o MPF deve dar início à investigação criminal para responsabilizar os agentes das condutas violadoras de DH em episódios abrangidos pela decisão da Corte e para identificar suas vítimas; b) para tanto, é necessário o estabelecimento de um plano de atuação criminal que defina as atividades e o trabalho a ser feito.

Este plano de atuação deverá ser coordenado, no âmbito do MPF, pela 2CCR, sem olvidar, em momento algum, a inabalável independência funcional dos PR com atribuição natural para atuar em cada caso. [...] O intuito é o de buscar que as decisões e as respectivas responsabilidades sejam institucionalizadas, dentro da ideia de compartilhar institucionalmente as decisões mais relevantes dos PR, segundo o princípio constitucional da unidade, que rege o MPF; c) o planejamento da persecução penal deve-se valer da jurisprudência internacional e comparada, especialmente referida pelo Direito Internacional dos DH. Na medida do possível [...] devem ser consideradas as soluções jurídico-penais adotadas por outros países latino-americanos ou de semelhante tradição continental, que enfrentaram problemas similares”.; d) para fins penais, independentemente do que se entenda por “graves violações de DH”, a decisão da Corte IDH estabelece parâmetros suficientes para o enquadramento penal das condutas à luz do Direito Penal Internacional, cabendo ao MPF fazer a opção correta, que será sustentada perante o Judiciário brasileiro; e) o planejamento da atuação do MPF deve abranger, necessariamente, a identificação e análise dos casos que serão imediatamente objeto de persecução penal, sem prejuízo do progressivo cumprimento da decisão da Corte e da observância do princípio da obrigatoriedade da ação penal. (Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-detrabalho/justica-transicao/documentos/decisoes-e-atos-administrativos-internos/2a%20Camara%20-%20documento%20%20outubro%202011.pdf>>.) (...)

2.1. Inexistência de conflito real entre a ADPF 153 e a sentença



de Gomes Lund

A posição institucional adotada pelo MPF é a de que os pontos resolutivos 3 e 9 da sentença de Gomes Lund não são incompatíveis com a decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 153, no âmbito da qual declarou-se a constitucionalidade da lei que concedeu anistia aos que cometeram crimes políticos, ou conexos com estes, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Como observa o PRR e professor de direito internacional da USP André de Carvalho Ramos, o conflito entre as decisões é apenas aparente e pode ser solucionado pela via hermenêutica, por meio da aplicação da teoria do duplo controle, segundo a qual os DH, em nosso sistema jurídico, possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. “Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil”, anota Ramos (RAMOS, André de Carvalho. “A ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério. Crimes da ditadura militar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 217.).

No caso da Lei de Anistia, o STF efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de DH ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou – até porque não era esse o objeto da ação – o chamado “controle de convencionalidade” da norma:

[O] STF, que é o guardião da Constituição [...] exerce o controle de constitucionalidade. Por exemplo, na ADPF 153, a maioria dos votos decidiu que a anistia aos agentes da ditadura militar é a interpretação adequada da Lei de Anistia e esse formato amplo de anistia é que foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

*De outro lado, a Corte de San José é a guardiã da CADH e dos tratados de DH que possam ser conexos. Exerce, então, o controle de convencionalidade. Para a Corte IDH, a Lei de Anistia não é passível de ser invocada pelos agentes da ditadura. Mais: sequer as alegações de prescrição, *bis in idem* e irretroatividade da lei penal *gravior* merecem acolhida.*

Com base nessa separação vê-se que é possível dirimir o conflito aparente entre uma decisão do STF e da Corte de San José.



[...]

No caso da ADPF 153, houve o controle de constitucionalidade. No caso Gomes Lund, houve o controle de convencionalidade. A anistia aos agentes da ditadura, para subsistir, deveria ter sobrevivido intacta aos dois controles, mas só passou (com votos contrários, diga-se) por um, o controle de constitucionalidade. Foi destroçada no controle de convencionalidade.

Por sua vez, as teses defensivas de prescrição, legalidade penal estrita etc., também deveriam ter obtido a anuência dos dois controles.

Como tais teses defensivas não convenceram o controle de convencionalidade e dada a aceitação constitucional da internacionalização dos DH, não podem ser aplicadas internamente (Idem, p. 218-219).

A posição doutrinária de André Ramos foi acolhida pela 2CCR no “Documento 1” já citado, no qual se advoga a necessidade de se buscar uma solução conciliatória voltada ao cumprimento da sentença de Gomes Lund, uma vez que “o corolário natural do reconhecimento de um tribunal internacional é cumprir suas sentenças”. Para não cumprir as obrigações de persecução penal contidas na sentença da Corte, afirma o documento, seria necessário “suscitar no STF a declaração de inconstitucionalidade do reconhecimento da jurisdição da Corte ou pedir interpretação conforme à Constituição, com o objetivo de definir se as sentenças da Corte só devem ser cumpridas se estiverem alinhadas com a interpretação do STF”.

É preciso definir se o Brasil pode manter o reconhecimento da jurisdição da Corte e da CADH e, ao mesmo tempo, decidir não cumprir a sentença da Corte com base no argumento de que é inconstitucional ou ofensivo à competência do STF. [...]

A propósito, a Corte tem decidido que não é possível a denúncia restrita do ato brasileiro de 1998 que reconheceu a jurisdição da Corte. Neste caso, restaria ao Brasil seguir o caminho de Trinidad e Tobago, que denunciou a CADH (art. 78 da Convenção), mas persistiria com a obrigação internacional de cumprir todas as sentenças de casos propostos por violações ocorridas até um ano após a data da denúncia. Neste caso, continuaria a ter a obrigação internacional

de cumprir a sentença do caso Gomes Lund.(MPF-2CCR, “Doc.



1”, citado.).

O efeito vinculante das decisões proferidas pela Corte IDH com relação aos órgãos internos do Estado brasileiro foi reafirmada pelo PGR, no Parecer à ADPF 320:

Os atos de ratificação da CADH e de reconhecimento da jurisdição da Corte de São José da Costa Rica não podem [...] ser interpretados como se fossem meras edições de normas ordinárias, muito menos como simples exortações graciosas ao Estado brasileiro. Bem ao contrário, tais providências normativas inserem-se no contexto do adimplemento do dever constitucional do Brasil de proteção aos DH e de integração ao sistema internacional de jurisdição e reclamam compreensão que lhes garanta a mais plena eficácia, nos termos do art. 5º, § 1º, e do art. 4º, inciso II, da lei fundamental brasileira”.(MPF-PGR, Parecer à ADPF 320, citado.)

Assim, prossegue o Parecer:

Não se trata [...] de considerar que a Corte IDH exerça papel de quarta ou quinta instância adicional ou sobreposta ao processo interno. Sua missão é distinta: zelar pela observância, por parte dos Estados que integram o sistema interamericano de DH, das obrigações assumidas na CADH e em outras convenções regionais nesse campo. Nesse plano, todo ato estatal, normativo ou material, de qualquer de seus órgãos ou entes federativos, sujeitar-se-á ao escrutínio da jurisdição internacional, em especial sob o enfoque do controle de convencionalidade.

Não se está aqui tampouco a afirmar que a corte internacional seja hierarquicamente superior aos tribunais internos ou que ela se destine ao papel de órgão de cassação das decisões nacionais. Não é essa a visão pertinente a esta discussão. Ocorre que, como nota Antonio Augusto Cançado Trindade: ‘os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais quando se trata de verificar sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de DH. Isso se aplica à legislação nacional assim como às decisões internas judiciais e administrativas. Por exemplo, uma decisão judicial interna pode dar uma interpretação incorreta de uma norma de um tratado de DH; ou qualquer outro órgão estatal

pode deixar de cumprir uma obrigação internacional do Estado



neste domínio. Em tais hipóteses pode-se configurar a responsabilidade internacional do Estado, porquanto seus tribunais ou outros órgãos não são os intérpretes finais de suas obrigações internacionais em matéria de DH.

Ainda segundo o Parecer:

Na perspectiva do direito internacional, é irrelevante que os obstáculos opostos à aplicação da lei penal sejam estabelecidos pelo Poder Judiciário do Estado-parte, pois, para o direito aplicável, o ato judicial é fato que, como outros emanados dos órgãos nacionais legislativos e executivos, expressa a vontade do Estado no sentido de cumprir (ou não) as sentenças emanadas dos tribunais internacionais competentes a que o Estado se haja voluntariamente submetido.

Não é admissível que, tendo o Brasil se submetido à jurisdição da Corte IDH por ato de vontade soberana regularmente incorporado a seu ordenamento jurídico, e se comprometido a cumprir as decisões dela (por todos os seus órgãos, repita-se), despreze a validade e a eficácia da sentença em questão. Isso significaria flagrante descumprimento dos compromissos internacionais do país e do mandado constitucional de aceitação da jurisdição do tribunal internacional.

Responsabilização internacional de Estado por violação de DH originada de ato judicial pode ocorrer em duas hipóteses: quando a decisão judicial é tardia ou inexistente (no caso de ausência de remédio judicial) ou quando a decisão judicial é tida, no mérito, como violadora de direito protegido. Na hipótese de decisão tardia, argumenta-se que a delonga impede que a prestação jurisdicional seja útil e eficaz. A doutrina consagrou o termo denegação de justiça (ou “déni de justice”) que engloba tanto a inexistência do remédio judicial (recusa de acesso ao Judiciário), ou deficiências do mesmo, o que ocorre, por exemplo, na delonga na prolação do provimento judicial devido ou mesmo na inexistência de tribunais.

B. Os crimes da ditadura militar brasileira como delitos de lesa-humanidade

Tendo em conta os princípios constitucionais da reserva legal e da taxatividade na aplicação da lei penal, é fundamental definir quais condutas típicas alcançadas pela Lei da Anistia devem ser consideradas “graves violações de DH” para o fim de se determinar o



(re)início da persecução penal. Convém notar que o termo “graves violações de DH” é plurívoco e reconhecidamente pouco operativo para definição dos deveres positivos dos Estados em matéria penal. É também fator de insegurança jurídica, uma vez que não fixa, com a certeza exigida pelos ordenamentos de tradição continental, quais condutas devem ser tipificadas pelos ordenamentos estatais e, dentre estas, quais constituem violação de DH suficientemente grave para afastar a incidência da prescrição, da anistia e de outras causas de exclusão da punibilidade usualmente reconhecidas nesses ordenamentos.

*O problema, observa Naomi Roht-Arriaza, é que [...] a linguagem usada em alguns casos [...] parece ignorar distinções e gradações, tanto em intensidade como em escopo, entre violações de DH. Assim, literalmente qualquer violação a DH reconhecida em tratado ou costume... estaria sujeita às obrigações de investigar, promover a ação penal e reparar o dano (ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 67.).*

A posição adotada pelo MPF é a de que a decisão da Corte IDH no mencionado caso Barrios Altos (2001) completa a sentença de Velásquez Rodríguez (1988), na qual, pela primeira vez, aquele tribunal reconheceu o dever dos Estados-membros do sistema interamericano de investigar e punir graves violações a DH. Em ambos os casos, tratava-se de garantir a responsabilização de militares envolvidos na tortura e execução sumária de dissidentes políticos, e a Corte nitidamente optou por não definir de forma taxativa nem os crimes que merecem punição (pois o rol apresentado é exemplificativo), nem as causas de exclusão da punibilidade inadmitidas pelo sistema. Em Barrios Altos, o critério para afastar as causas de extinção da punibilidade (aparentemente qualquer uma, com exceção da morte do agente) parece ter sido apenas a natureza não derogável do direito humano violado.

Em Prosecutor v. Tadić (1995), o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia estabeleceu o seguinte padrão interpretativo (standard), usualmente citado como critério definidor do que deve entender-se como “grave ofensa” do ponto de vista do Direito Penal Internacional: a) a violação deve constituir ofensa à regra de direito



humanitário internacional; b) a regra deve ser “costumeira por natureza” ou, se pertencer a tratado, deve atender às condições de validade dos acordos internacionais; c) a violação deve ser “grave”, isto é, deve constituir quebra da regra de proteção a valores importantes e deve também envolver graves consequências para a vítima; d) a violação da regra deve acarretar, sob o direito costumeiro ou dos tratados, responsabilidade criminal individual do agressor.

A referência à responsabilização criminal individual do agressor, pelo Direito Internacional, costumeiro ou convencional, aponta para a sinonímia entre os conceitos de “graves violações de DH” e crimes de lesa-humanidade para fins de definição do objeto da persecução penal estabelecida na sentença do caso Gomes Lund. É o que tem sido adotado no MPF, como se verifica do teor das denúncias até agora ajuizadas: em todas elas houve referência ao contexto de ataque sistemático e generalizado à população civil em que os crimes foram praticados e à classificação dos fatos como delitos de lesa-humanidade.

Dessa maneira, o pressuposto de não incidência dos dispositivos de anistia às graves violações a DH cometidas no contexto da repressão política do Estado ditatorial é a existência de fato típico antijurídico, definido como tal por norma válida anterior, e que constitua simultaneamente, na perspectiva do Direito Internacional costumeiro cogente ou do direito dos tratados, delito de lesa-humanidade (ou a ele conexo) e, desse modo, insuscetível de anistia.

Quando se estuda os processos adotados pelos diversos sistemas de justiça nacionais para a julgar crimes internacionais, em especial aqueles desenvolvidos pelos países do continente, verifica-se a preocupação dos Estados em adotar a chamada “dupla subsunção” do fato – a um tipo penal nacional prévio (homicídio, sequestro, lesão corporal grave, estupro etc.) e à tipologia própria do direito penal internacional, em particular a dos crimes contra a humanidade, de onde se deriva a regra da imprescritibilidade dos delitos qualificados. (Para uma visão integrada da jurisprudência latino-americana sobre o assunto, cf. Krsticevic, Viviana; TOJO, Liliana. Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales. Buenos Aires: CEJIL, 2007 e AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (Ed.). Jurisprudência Latinoamericana sobre Derecho Penal Internacional.



Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.)

Ezequiel Malarino, em artigo-síntese sobre o direito comparado latinoamericano, descreve da seguinte forma a articulação normativa entre o direito interno e o direito internacional:

Las normas del derecho interno son utilizadas en el nivel de la tipicidad (por ejemplo, para encuadrar un hecho como homicidio) y para la selección de las sanciones, y las del derecho internacional para convertir a esos hechos en crímenes internacionales (por ejemplo, en un crimen de lesa humanidad) y atribuirles las consecuencias que el derecho internacional establece para esta categoría de crímenes (por ejemplo, imprescriptibilidad). Es decir, los tribunales efectúan una doble subsunción: una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las leyes internacionales. (Idem, p. 444.)

Seguindo o parâmetro adotado por outras Nações, o MPF, nas ações ajuizadas, adotou igualmente o procedimento da dupla subsunção, imputando aos denunciados crimes tipificados anteriormente ao início da execução, cometidos no contexto de um ataque sistemático e generalizado a pessoas e setores da população brasileira, suspeitos de se oporem ao regime de exceção instaurado em 1964.

O MPF brasileiro, particularmente, preocupou-se em não simplesmente adjetivar os fatos como crimes de lesa-humanidade, mas, ao contrário, buscar provar cabalmente que as condutas imputadas aos denunciados foram cometidas no contexto de um sistema organizado para, primeiramente, suprimir a oposição ao regime por meio do emprego generalizado de tortura, prisões ilegais, execuções sumárias e desaparecimentos forçados e, em segundo lugar, garantir a impunidade de tais crimes, antes e depois da Lei de Anistia, promulgada em 1979.

(...)

3.5. Os crimes de lesa-humanidade³⁵ nunca foram e nunca

35 A primeira vez que surge no Brasil o crime antecedido da palavra “lesa” foi nas Ordenações Filipinas. A palavra dá para o crime uma carga extremamente negativa e grave, como se vê: Livro 5, Título VI: *Lesá Majestade quer dizer traição cometida contra pessoa do Rei, ou seu Real Estado, que é tão grave e abominável crime, e que os antigos Sabedores tanto estranharam que o comparavam à lepra; porque assim como esta enfermidade enche todo o corpo, sem nunca mais se poder curar, e empece ainda aos descendentes de quem a tem, e aos que com ele conversam, pelo que é apartado da comunicação da gente; assim o erro da traição condena o que a comete, e empece e infama os que de sua linha descendem, posto que não tenham culpa.* (<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1153.htm>). O crime de lesa-humanidade, segundo o



se pretendeu que fossem punidos durante todo o regime militar. É que para não punir os abusos cometidos em nome do alegado combate à corrupção (caso dos presentes autos), serviam-se os donos do poder de então do mesmo ordenamento jurídico que garantia a impunidade dos crimes cometidos em nome do combate ao comunismo e à subversão :

O arcabouço jurídico instituído pelo regime assegurou especialmente a impunidade dos perpetradores dos sequestros, torturas, homicídios e desaparecimentos, ao excluir do controle judicial todos os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução” e ao instituir a competência da Justiça Militar para julgar os crimes contra a segurança nacional.

(...)

Em consequência da aplicação dessa diretriz, os agentes diretamente envolvidos no trabalho sujo da repressão política foram investidos, na prática, de imunidade para invadir domicílios, sequestrar pessoas, torturá-las e eventualmente matá-las e fazê-las desaparecer. Foi o que ocorreu com quase quatro centenas de brasileiros mortos ou desaparecidos durante o regime de exceção.

(...)

D. Falta de contingência da punição como obstáculo ao início do prazo prescricional

Estatuto do TPI (Decreto nº 4.388/2002, que Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional) é aquele cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

Artigo 7º

Crimes contra a Humanidade

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

a) Homicídio;

(...)

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

(...)

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1o contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

(...)

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;

(...)



Outra tese institucional adotada como argumento subsidiário nas ações penais ajuizadas pelo MPF é a de que a prescrição da persecução penal só se iniciou a partir do momento em que as investigações e ações se tornaram possíveis.

(...)

F. Crimes conexos aos crimes contra a humanidade: as ações penais movidas em face dos legistas que contribuíram para a impunidade dos crimes

Em São Paulo, foram ajuizadas denúncias em face de médicos-legistas que contribuíram, consciente, ativa e eficazmente, para que os crimes contra a humanidade fossem praticados, assegurando a impunidade de homicídios e ocultações de cadáveres e permitindo, com isso, que a “engrenagem” criminosa continuasse a agir.

3.6. Adequado e explicativo para o presente caso é trecho do parecer do Procurador Regional da República Paulo Queiroz³⁶:

Exatamente por isso, incide, no caso dos autos, o que se convencionou chamar de justiça de transição, que é definida pela ONU como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e extrajudiciais, penais e não penais) e estratégias de enfrentamento do legado de violência em massa do passado, objetivando atribuir responsabilidade e exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, fortalecendo as instituições com valores democráticos e garantindo a não repetição das atrocidades. [...]

3.7. A ditadura militar que se iniciou em 1964 resultou de atos de força e não de Direito. De atos de força, porque a Sessão do Congresso Nacional de 2 de abril de 1964, que declarou a vacância da Presidência da República, abrindo caminho legislativo para o golpe de 1964, foi declarada nula³⁷.

36 http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/005_17_crimes_da_ditadura_militar_digital_paginas_unicas.pdf – acesso em 3/4/18 – p. 318 (35pdf)

37 <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescon/2013/resolucao-4-28-novembro-2013-777488-publicacaooriginal-142050-pl.html> - RESOLUÇÃO



3.8. Em face das considerações acima, a Sentença recorrida merece ser reformada para afastar, no presente caso, a incidência da Lei da Anistia e a ocorrência da prescrição, por descabidas na hipótese.

3.9. Anistia – negativa de vigência ao art. 5º, LXXVIII, § 2º e § 3º da CRFB

3.9.1. No tocante à Lei da Anistia, esta é inaplicável no caso presente, vez que o poder estatal foi usado para cometer crimes. **Primeiro por que sequer se respeitou o princípio da anterioridade da lei:** a representação oferecida contra Higino João Pio em documento datado de 5/4/1967 ao Ministério Público e o requerimento de inquérito à Polícia Federal em 22/05/1967, mencionam o Decreto-Lei nº 201, de 24/2/67, principalmente, e a Lei nº 3.528, de 3/1/59 secundariamente; o requerimento ao Capitão dos Portos datado de 10/1/1969 e todos os atos dele decorrentes (prisão e homicídio) baseavam-se no AI 5 de 13/12/1968; **mas todos os fatos narrados, tanto na representação ao Ministério Público, quanto nos requerimentos à Polícia Federal e à Capitania dos Portos, ocorreram em 1966, sob a vigência da Lei nº 3.528, de 3/1/59.** Ou seja, à legislação de exceção foi dado efeito retroativo, o que torna o ato ilícito mesmo perante a legislação ditatorial. É que o princípio da irretroatividade da lei penal prejudicial ao réu³⁸ nunca foi suspenso pelos atos

Nº 4, DE 2013-CN

Torna nula a declaração de vacância da Presidência da República efetuada pelo Presidente do Congresso Nacional durante a segunda sessão conjunta de 2 de abril de 1964.

O Congresso Nacional resolve:

Art. 1º Declarar nula a declaração de vacância da Presidência da República exarada pelo Presidente do Congresso Nacional, Senador Auro de Moura Andrade, na segunda sessão conjunta, da quinta legislatura do Congresso Nacional, realizada em 2 de abril de 1964.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data da sua publicação.

Congresso Nacional, em 28 de novembro de 2013

Senador RENAN CALHEIROS

Presidente do Senado Federal

38 Constituição de 1946: *CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias individuais - Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 29 - A lei penal regulará a individualização da pena e só retroagirá quando beneficiar o réu.*

Carta Outorgada de 1967: *CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais - Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos*



institucionais, constando mesmo das Cartas outorgadas pela Ditadura em 1967 e 1969.

3.9.2. **Em segundo lugar, em tendo sido o poder estatal, no caso presente, usado para cometer crimes** e, como se demonstrou acima, tendo os atos transgredido inclusive o ordenamento jurídico fruto de danado coito (juristas a serviço da ditadura militar), a Anistia de 1979 (Lei nº 6.683, de 28/08/1979) não se aplicaria aos que agiram em nome do Estado e sob a proteção do Estado, já que tal anistia foi concedida pelo próprio regime militar (algo como se Hitler anistiasse os nacional socialistas, os nazi³⁹). Assim, os crimes objeto do presente caso, pela sua peculiaridade, devem seguir a regra do art. 5º, LXXVIII, §§ 2º e 3º, no que tange à obediência aos tratados internacionais, especialmente a decisão de 24 de novembro de 2010, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Tal decisão, como se disse acima, responsabilizou o Brasil pelo desaparecimento de participantes da Guerrilha do Araguaia durante as operações militares da década de 1970 (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil), sob o fundamento de que as disposições da Lei de Anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

3.9.3. Também, no presente caso, deve-se entender inaplicável a Lei da Anistia por interpretação do art. 8º do ADCT⁴⁰. Ali, somente são anistiados os que

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

Carta Outorgada de 1969: *CAPÍTULO IV Dos Direitos e Garantias Individuais Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 16 - A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.*

39 Sobre as semelhanças entre a ditadura militar brasileira e as práticas Nazi, veja-se a Denúncia: Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 21-26

40 *Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)*

§ 1º O disposto neste artigo somente gerará efeitos financeiros a partir da promulgação da Constituição, vedada a remuneração de qualquer espécie em caráter retroativo.

§ 2º Ficam assegurados os benefícios estabelecidos neste artigo aos trabalhadores do setor privado, dirigentes e representantes sindicais que, por motivos exclusivamente políticos, tenham sido punidos, demitidos ou compelidos ao afastamento das atividades remuneradas que exerciam.



receberam alguma punição do regime militar, o que não é o caso dos Denunciados/Apelados. Esta é uma conclusão lógica e objetiva, pois não se anistia quem não sofreu qualquer punição do regime e não iria sofrê-la, em qualquer hipótese, enquanto durasse o regime, exatamente porque atuava em nome do regime ditatorial militar. Esperar punição do regime militar daqueles que cometeram crimes a seu serviço seria como acreditar na possibilidade de Hitler punir Rudolf Höss por genocídio⁴¹.

3.9.4. Mais: além de não haver qualquer possibilidade das lideranças da ditadura militar punirem seus agentes que cometeram crimes em nome do regime ditatorial no passado, o presente é farto de exemplos públicos e notórios de que o desejo de impunidade se protraí no tempo por parte de simpatizantes e “herdeiros” da ditadura, que ainda hoje elevam os criminosos⁴² à condição de heróis⁴³.

3.9.5. A vedação da anistia a quem cometeu crimes em nome da ditadura militar e não recebeu punição também decorre da interpretação conjunta do

bem como aos que foram impedidos de exercer atividades profissionais em virtude de pressões ostensivas ou expedientes oficiais sigilosos.
§ 3º *Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n° S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n° S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.*
§ 4º *Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador, serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos.*
§ 5º *A anistia concedida nos termos deste artigo aplica-se aos servidores públicos civis e aos empregados em todos os níveis de governo ou em suas fundações, empresas públicas ou empresas mistas sob controle estatal, exceto nos Ministérios militares, que tenham sido punidos ou demitidos por atividades profissionais interrompidas em virtude de decisão de seus trabalhadores, bem como em decorrência do Decreto-Lei n° 1.632, de 4 de agosto de 1978, ou por motivos exclusivamente políticos, assegurada a readmissão dos que foram atingidos a partir de 1979, observado o disposto no § 1º.*

Art. 9º. *Os que, por motivos exclusivamente políticos, foram cassados ou tiveram seus direitos políticos suspensos no período de 15 de julho a 31 de dezembro de 1969, por ato do então Presidente da República, poderão requerer ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento dos direitos e vantagens interrompidos pelos atos punitivos, desde que comprovem terem sido estes eivados de vício grave.*
Parágrafo único. *O Supremo Tribunal Federal proferirá a decisão no prazo de cento e vinte dias, a contar do pedido do interessado.*

- 41 CRASNIANSKI, Tania. Filhos de Nazistas – Os impressionantes retratos de família da elite do nazismo. Tradução de Fernando Scheibe, São Paulo, Editora Vestígio, 2018, pp.135-155.
- 42 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>; <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>;
- 43 <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/bolsonaro-diz-no-conselho-de-etica-que-coronel-ustra-e-heroi-brasileiro.html>; <http://www.esquerdadiario.com.br/Para-Mourao-vice-de-Bolsonaro-torturadores-e-assassinos-como-Ustra-sao-herois>.



art. 5º, XLIV da CRFB com o art. 8º do ADCT, seja porque não há direito adquirido contra inovação constitucional⁴⁴, conforme decisões do STF em que foram relatores ministros nomeados durante a ditadura militar, seja pela peculiaridade do caso, que teve componentes de crime político. O caso objeto do presente recurso teve sua gênese em “denúncia” de um servidor público, que, insatisfeito com medidas funcionais que lhe foram aplicadas, apontou falsos atos de corrupção à vítima; este servidor público era também combativo membro da UDN, a serviço do partido, maquinando a inviabilização de candidaturas nas eleições seguintes. Os agentes da ditadura, ávidos para mostrar serviços de caça a corruptos, tomaram o caso para fins de exemplo e, sem provas suficientes, tentaram arrancar confissões da vítima, o que a levou à morte. Ou seja, tratou-se de servidor público se vingando, de partido político usando os mecanismos ditatoriais para ganhar eleições e de servidores públicos civis e militares querendo mostrar serviço.

3.9.6. Ainda em **homenagem à unidade e indivisibilidade do MPF**, cita-se aqui, para adotar seus argumentos, a peça processual que se encontra nas fl. 244 a 276⁴⁵ do PIC e se constitui em denúncia de crimes da ditadura (fatos apurados no PIC 1.34.001.006086/2008-4). Essa peça também trata da não incidência da Lei de Anistia de 1979, enfatizando a reprovação jurídica internacional à conduta daqueles que cometeram crimes em nome do Estado e os efeitos disto decorrentes – imprescritibilidade da ação penal e impossibilidade da anistia – mencionando documentos internacionais a fundamentar tais assertivas. Menciona ainda a inércia do Estado brasileiro de investigar os crimes cometidos pelos agentes da ditadura, outros julgamentos internacionais aplicáveis ao caso brasileiro, especialmente a sentença Gomes Lund, que é reproduzida

44 - *NÃO HÁ DIREITO ADQUIRIDO CONTRA TEXTO CONSTITUCIONAL, RESULTE ELE DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO, OU DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO. PRECEDENTES DO S.T.F. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 94414, MOREIRA ALVES, STF.); INOCORRENCIA DE DIREITO ADQUIRIDO CONTRA A CONSTITUIÇÃO. PRECEDENTES: MS 20.157, PLENO, RTJ 95/51. RE NÃO CONHECIDO. (RE 93290, CORDEIRO GUERRA, STF.)*

45 - Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, PROCADM4, Página 2-34



em parte na referida denúncia. Demonstra que o Estado brasileiro submeteu-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Menciona a posição do MPF no sentido de dar cumprimento efetivo à decisão da Corte Interamericana, trazendo à colação parecer do PGR na ADPF 320/DF, no qual, entre outras abordagens, pleiteia o afastamento da Lei de Anistia. Afirma que a decisão da Corte Interamericana é compatível com a decisão na ADPF 153, porquanto nesta o STF afirmou a constitucionalidade da Lei nº 6.683/79, mas não sua compatibilidade com o direito internacional e com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Segue dizendo que o STF fez o controle de constitucionalidade na ADPF 153 e a CIDH fez o controle de convencionalidade. A CIDH *afastou os efeitos da Lei da Anistia brasileira e condenou o Brasil a não mais invocá-la como óbice à investigação de casos de graves violações de direitos humanos. (...) Salvo na hipótese de se declarar a inconstitucionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Parquet e o Judiciário – assim como o governo e o Legislativo – estão adstritos a esta obrigação: **cumprir a decisão da Corte.** (...)*

3.9.7. Ainda extraindo pontos da Denúncia das fls. 244 a 276, há na p. 275 uma assertiva que se aplica a casos como o presente, no qual se utiliza *justamente o poder estatal para cometer crimes, bem como para permanecerem impunes (inicialmente por sua própria inércia e, em seguida, com base na autoanistia, medidas estas que, somadas, fazem com que o prazo normal de prescrição transcorra sem nenhum risco de sanção).*

3.9.8. Também já se demonstrou nesta peça, acima, que a aplicação da lei da anistia, em casos como o presente, viola tratados internacionais de que o Brasil é parte, **negando-se**, assim, **vigência ao art. 5º, LXXVIII, § 2º e § 3º da CRFB.**

3.10. Em face das considerações acima, a Sentença recorrida merece ser reformada para afastar, no presente caso, a incidência da Lei da Anistia, por



descabida na hipótese.

3.10. Prescrição – negativa de vigência do art. 5º, XLIV da CRFB

3.10.1. A peça processual acima referida, que se encontra nas fls. 244 a 276⁴⁶ do PIC e se constitui em denúncia de crimes da ditadura (fatos apurados no PIC 1.34.001.006086/2008-4), demonstra, ainda, que não ocorrem naquele e neste caso as causas de extinção da punibilidade previstas nos incisos II e IV do art. 109 do CP, porque foram cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado contra a população civil brasileira; incide sobre o caso a sentença da CIDH no caso Gomes Lund; nos termos do direito penal internacional costumeiro cogente as condutas já constituíam, na data de início dos fatos, crimes de lesa-humanidade.

3.10.2. No tocante à prescrição, o MPF também se reporta aos argumentos constantes da Denúncia oferecida contra Lício Augusto Maciel e Sebastião Curió Rodrigues de Moura, constantes do item 2 e subitens da referida denúncia, a qual se encontra disponível na internet e transcrita abaixo. Quase toda a argumentação acima expendida resumidamente, se encontra melhor explanada no extrato da denúncia que segue⁴⁷, em transcrição que se faz para firmar também os **princípios da unidade e da indivisibilidade do MPF**:

2. PRELIMINARMENTE, apresenta na oportunidade, as

46 - Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, PROCADM4, Página 2-34

47 http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/Cota_MPF_Guerrilha_Araguaia_Licio_Curio_homicidios_ocultacao_cadaveres.pdf; (acesso em 1/6/18); http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/Acoes_penais_ditadura.pdf; (acesso em 1/6/18) - Cota_MPF_Guerrilha_Araguaia_Licio_Curio_homicidios_ocultacao_cadaveres.pdf; veja-se também a Ação Penal nº 0001162-79.2012.4.01.3901, proposta em Marabá (PA).



seguintes considerações de natureza jurídica e fática a respeito do objeto da presente ação.

(...)

2.2. Não incidência das causas de extinção da punibilidade previstas nos incisos II e IV do art. 109 do Código Penal.

As condutas imputadas aos denunciados **não estão sujeitas** às regras de extinção da punibilidade previstas nos incisos II (**anistia**) e IV (**prescrição**) do art. 107 do Código Penal, porque:

a) nos termos da **sentença da Corte Interamericana de DH do caso *Gomes Lund vs. Brasil*** [Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24.11.2010. Série C, n.o 219.] e de reiterada jurisprudência da mesma Corte em casos similares do mesmo período, as **torturas, execuções sumárias e desaparecimentos forçados cometidos por agentes de Estado no âmbito da repressão política constituem graves violações a direitos humanos**, para fins de incidência dos pontos resolutivos 3 e 9 da decisão, os quais **excluem a validade de interpretações jurídicas que assegurem a impunidade de tais violações**;

b) nos termos do **direito penal internacional costumeiro cogente**, as mesmas condutas já constituíam, na data de início dos fatos, crimes de lesa-humanidade ou a eles conexo (no caso da fraude processual), motivo pelo qual não estão elas protegidos por regras domésticas de anistia e prescrição.

c) o prazo prescricional não corre enquanto não presente a contingência da punição.

d) no caso do crime de ocultação de cadáver, a permanência do crime até a presente impede o início do prazo prescricional e a aplicação da lei de anistia.

2.2.1. Relação da presente ação penal ao decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund* (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil.

Apesar da indiscutível autonomia do Ministério Público e do Poder Judiciário brasileiros, além da inegável suficiência dos fundamentos jurídicos explicitados nos tópicos seguintes, não se pode olvidar que a oferta da presente denúncia, bem como o trâmite desta ação penal estão imbricadas com a obrigação estipulada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil no julgamento do Caso



Gomes Lund, especialmente no item 9 dos seus Pontos Resolutivos: (Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, sentença de 24.11.10 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), publicada em 14 de dezembro de 2010. Grifos nossos.):

9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso [violações de graves violações aos direitos humanos durante a Guerrilha do Araguaia] a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda determinou – **parágrafos 256 e 257** – que a promoção da responsabilidade penal dos autores deve ser cumprida em um prazo razoável e necessitaria alcançar (sempre que possível) os autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas.

Ademais, **por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando, na espécie, a natureza dos fatos e o caráter continuado e especialmente permanente do desaparecimento forçado (sequestro), o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, ne bis in idem ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação.**

A Corte IDH assentou também *“que as causas penais que tenham origem nos fatos do presente caso, contra supostos responsáveis que sejam ou tenham sido funcionários militares, sejam examinadas na jurisdição ordinária, e não no foro militar”* (parágrafo 257; grifamos).

Os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público, assim, encontram-se jungidos ao cumprimento dessas determinações, na medida em que a sentença da Corte IDH vincula todos os agentes do Estado, conforme o artigo 68.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: *“Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”*. [A 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal decidiu que: “o Ministério Público Federal, no exercício de sua atribuição constitucional de promover a persecução penal e de



zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos aos direitos humanos assegurados na Constituição, inclusive os que constam da Convenção Americana de Direitos Humanos, está vinculado, até que seja declarado inconstitucional o reconhecimento da jurisdição da Corte, ao cumprimento das obrigações de persecução criminal estabelecidas no caso Gomes Lund e outros versus Brasil.” (documento 1/2011, homologado na sessão de 21 de março de 2011, anexo às fs. 1848-1858 do vol. VIII do procedimento principal em epígrafe). Posteriormente, a Câmara reafirmou esse entendimento (documento nº 2/2011, homologado na sessão de 03/10/2011, anexo às fs. 1848-1858 do vol. VIII do procedimento em epígrafe).]

O respeito pelo Judiciário e pelo *Parquet* à autoridade das decisões da Corte IDH, ressalte-se, não afasta ou sequer fragiliza minimamente a soberania do Estado-parte, haja vista que é a própria Constituição que contempla a criação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (vide art. 7 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias), prevendo, em seu art. 5º, §2º, 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*”.

Outrossim, a ratificação e aprovação da Convenção, bem como a aceitação da jurisdição da Corte, foram **atos voluntários do Estado brasileiro**, praticados com estrita observância dos procedimentos previstos na Constituição e em concretização de valores palmados em nossa lei fundamental. Para recusar a autoridade da Corte IDH seria necessário então que existisse alguma inconstitucionalidade – formal ou material – nos atos de ratificação, aprovação e promulgação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de aceitação da jurisdição da CIDH, o que não ocorre. Em especial, para se sustentar a não aplicação de uma sentença da CIDH proferida contra o Brasil, teria que ser declarado inconstitucional o próprio ato de promulgação da cláusula do artigo 68.1 da Convenção (Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a força normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em patamar supralegal, conforme RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso. Ou seja, a Convenção é hierarquicamente superior à legislação ordinária).

Diante, porém, das regras dos artigos 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e da própria Convenção Americana



sobre Direitos Humanos, o País não poderá denunciar apenas um artigo da Convenção, o que implicaria – para recusar a autoridade da sentença da Corte IDH – em ter que abdicar do sistema interamericano de direitos humanos como um todo, decisão esta, aliás, que também não encontraria amparo constitucional algum, pois esbarraria no óbice da vedação do retrocesso em matéria de direitos humanos fundamentais, além de importar claramente, lado outro, em violação do princípio da proibição da tutela insuficiente/deficiente dos direitos humanos.

Sendo assim, a superveniente negativa da jurisdição da Corte IDH importaria em nova responsabilização internacional do Estado Brasileiro.

Posto isso, em suma, **exceto na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade da própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, devem ser observadas as disposições da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund.

(...)

Instrumentos internacionais, a doutrina e a jurisprudência de tribunais de direitos humanos e cortes constitucionais de numerosos países reconhecem que delitos perpetrados por agentes estatais com grave violação a direitos fundamentais constituem crimes de lesa-humanidade, não sujeitos à extinção de punibilidade por prescrição. Essas categorias jurídicas são plenamente compatíveis com o Direito nacional e devem permitir a persecução penal de crimes dessa natureza perpetrados no período do regime autoritário brasileiro pós-1964.

Parecer pelo conhecimento parcial da arguição e, nessa parte, pela procedência parcial do pedido.

Referido parecer, após apontar para o caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aponta claramente que o conceito de “Graves Violações de Direitos Humanos” inclui condutas “cometidas no contexto da repressão política do Estado ditatorial é a existência de fato típico antijurídico, definido como tal por norma válida anterior, e que constitua simultaneamente, na perspectiva do Direito Internacional costumeiro cogente ou do direito dos tratados, delito de lesa-humanidade (ou a ele conexo) e, desse modo, insuscetível de anistia”(Fls. 63 do referido parecer.). Não bastasse, o parecer ainda foi mais claro, ao demonstrar o caráter de lesa-humanidade aos crimes cometidos por agentes da



ditadura militar de 1964. Asseverou o PGR que:

(...) os métodos empregados na repressão aos opositores do regime militar exorbitaram a própria legalidade autoritária instaurada pelo golpe de 1964. Isso ocorreu, entre outros motivos, porque o objetivo primário do sistema não era a produção de provas válidas para serem usadas em processos judiciais, como seria de esperar, mas o desmantelamento, a qualquer custo, independentemente das regras jurídicas aplicáveis, das organizações de oposição, especialmente as envolvidas em ações de resistência armada.

Não se pretende estabelecer nesta manifestação discussão acerca da legitimidade dos métodos empregados pelos opositores do regime autoritário no período pós-1964. O que se aponta é que ao Estado cabia resistir às ações que reputasse ilegítimas nos termos da lei. Foram as ações à margem da lei dos agentes estatais que resultaram no cometimento de crimes de lesa-humanidade, de graves violações a direitos humanos, objeto da sentença da Corte IDH, objeto deste processo.

Nesses termos, o respeito às garantias mais fundamentais das pessoas suspeitas ou presas era frequentemente letra morta para os agentes públicos envolvidos na repressão política. Como era notório e foi atestado nos últimos meses por novas provas obtidas pelo Ministério Público Federal, a prática de invasões de domicílio, sequestros e tortura não era estranha ao sistema. Ao contrário, tais ações faziam parte do método regular de obtenção de informações empregado por órgãos como o Centro de Informações do Exército (CIE) e os Destacamentos de Operações de Informações (DOIs).

Além disso, a partir dos desaparecimentos de VIRGÍLIO GOMES DA SILVA, em São Paulo, em setembro de 1969, e de MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA, no Rio de Janeiro, no início de 1970, verificou-se cometimento sistemático do crime internacionalmente conhecido como desaparecimento forçado. (...)

Sem prejuízo das considerações acerca da estrutura e funcionamento dos organismos da repressão política lançadas nas nove ações penais já ajuizadas, importa enfatizar que torturas, mortes e desaparecimentos não eram acontecimentos isolados no quadro da repressão política, mas a parte mais violenta e clandestina de um sistema organizado para suprimir a oposição ao regime, não raro mediante ações criminosas cometidas e acobertadas por agentes do Estado.



Desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura e muitas infrações penais a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade, razão pela qual devem sobre eles incidir as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

Por fim, concluiu o Procurador-Geral da República:

Em síntese, os crimes cometidos por agentes da ditadura militar brasileira no contexto de ataque sistemático ou generalizado à população civil são imprescritíveis e insuscetíveis de anistia, seja por força da qualificação das condutas como crimes contra a humanidade, seja em razão do caráter vinculante da sentença do caso GOMES LUND VS. BRASIL (...) Dessa maneira, à luz da Constituição do Brasil, da reiterada jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da doutrina e da interpretação dada por diversas cortes constitucionais e organismos internacionais representativos, como a ONU, a atos semelhantes, e também por força dos compromissos internacionais do país e do ordenamento constitucional e infraconstitucional, os crimes envolvendo grave violação a direitos humanos perpetrados à margem da lei, da ética e da humanidade por agentes públicos brasileiros durante o regime autoritário de 1964-1985 devem ser objeto de adequada investigação e persecução criminal, sem que se lhe apliquem institutos como a anistia e a prescrição.

Dessa forma, no parecer referido, o Procurador-Geral requereu que o STF dê ao art. 1º da lei 6.683/1979 interpretação conforme a constituição excluindo qualquer exegese que possa:

b.1) ensejar extinção de punibilidade de crimes de lesa-humanidade ou a eles conexas, cometidos por agentes públicos, civis ou militares, no exercício da função ou fora dela; e

b.2) acarretar a extensão dos efeitos da lei a crimes permanentes não exauridos até 29 de agosto de 1979 ou a qualquer crime cometidos após essa data.

De modo que a decisão da ADPF 153 não pode impedir a declaração de inconveniência da lei de anistia, decisão já tomada pela Corte IDH e que ainda pende de apreciação pelo próprio STF na ADPF 320.

2.2.2. A qualificação dos fatos como delitos de lesa-humanidade e seus efeitos jurídicos.



Ainda que se entenda, por qualquer motivo, que os fatos imputados ao denunciado já se encontrem exauridos, sustenta o Ministério Público Federal que a pretensão punitiva estatal não está extinta. Isto porque os fatos imputados ao denunciado - o desaparecimento forçado (sequestro) de cinco dissidentes políticos na região do Araguaia - já eram, à época do início da execução, qualificados como crimes contra a humanidade, razão pela qual devem incidir sobre eles as consequências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

A qualificação das condutas imputadas como crimes de lesa-humanidade decorre de normas cogentes do direito costumeiro internacional, que definem como crime contra a humanidade o desaparecimento forçado de pessoas cometido no contexto de um ataque sistemático ou generalizado a uma população civil, para, dentre outros efeitos, submetê-lo à jurisdição universal, e declará-lo insuscetível de anistia ou prescrição. (O costume é fonte de direito internacional e, nos termos do art. 38 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, possui força normativa vinculante mesmo em relação a Estados que não tenham participado da formação do tratado que reproduza regra consuetudinária.)

(...)

Assim, muito antes dos agentes do Estado e membros das Forças Armadas perpetrarem, durante a ditadura militar, o sequestro, a tortura, o homicídio e a ocultação de cadáveres, no contexto das ações de perseguição e repressão violenta dos dissidentes políticos, tais condutas já eram reputadas pelo direito como crimes contra a humanidade.

Outrossim, certo é que o reconhecimento de um crime contra a humanidade implica na adoção de um regime jurídico imune a manobras de impunidade. Esse regime especial é, conforme proclamado pela Assembleia Geral da ONU, “*um elemento importante para prevenir esses crimes e proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, e para promover a confiança, estimular a cooperação entre os povos e contribuir para a paz e a segurança internacionais*”.

Nessa esteira, os crimes contra a humanidade, em razão da interpretação consolidada pelo *jus cogens*, são ontologicamente imprescritíveis e impassíveis de anistia. Trata-se de atributo essencial,



pois a finalidade da qualificação de um fato como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune.

Diga-se ainda que o Brasil reconheceu expressamente o caráter normativo dos princípios estabelecidos entre as nações, quando em 1914 ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre (Decreto nº 10.719/14 que aprovou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre.), que consubstancia norma de caráter geral.

A reprovação jurídica internacional à conduta imputada aos denunciados e a imprescritibilidade da ação penal a ela correspondente está evidenciada pelas seguintes provas do direito costumeiro cogente anterior ao início da execução do delito: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei do Conselho de Controle No. 10 (1945); c) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (*International Law Commission 1950*); d) *Relatório da Comissão de Direito Internacional da ONU (1954)*; e) *Resolução n.º 2184 (Assembleia Geral da ONU, 1966)*; f) *Resolução n.º 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966)*; g) *Resolução n.º 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967)*; h) *Resolução n.º 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969)*; i) *Resolução n.º 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970)*; j) *Resolução n.º 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971)*; k) *Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradição e punição de pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074, da Assembleia Geral das Nações Unidas, 1973)*.

Na Convenção das Nações Unidas sobre a Não-Aplicabilidade da Prescrição a Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade (1968), a imprescritibilidade se estende 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”. 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.

Especificamente o uso da expressão “desaparecimento forçado



de pessoas” difundiu-se internacionalmente a partir dos milhares de casos de sequestro, assassinato e ocultação dos cadáveres de militantes políticos contrários aos regimes ditatoriais instalados na América Latina. Um dos primeiros registros internacionais do termo está na Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (1978). A Resolução, *editada um ano antes da lei brasileira de anistia*, convoca os Estados a: a) dedicar os recursos apropriados à busca das 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 pelos abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e 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 respeitadas.

No âmbito do sistema interamericano de proteção a direitos humanos, a Corte IDH, desde o precedente *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1987, vem repetidamente afirmando a incompatibilidade entre as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e as regras de direito interno que excluem a punibilidade dos desaparecimentos forçados:

“150. El fenómeno de las desapariciones constituye una forma compleja de violación de los derechos humanos que debe ser comprendida y encarada de una manera integral.

153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales **han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad** (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y **constituye un crimen de lesa humanidad**" (AG/RES.666, supra)".

Igual entendimento pode ser encontrado nos seguintes julgados da Corte IDH: *Blake vs. Guatemala*; *Barrios Altos vs. Peru*; *Bamaca Velásquez vs. Guatemala*; *Trujillo Oroza v. Bolívia*; *Irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador*; *Massacre de Mapiripán vs. Colômbia*; *Goibirú vs. Paraguai*; *La Cantuta vs. Peru*; *Radilla Pacheco vs. México* e *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*.



Ademais, cabe ressaltar que a prescrição penal não constitui garantia fundamental, haja vista que a CF/88 não estabeleceu um regime geral para a prescrição. Assim, o instituto da prescrição, via de regra, figura no plano normativo ordinário. Lado outro, o STF vem consolidando o entendimento de que as normas internacionais que versam sobre direitos humanos ostentam caráter supralegal.

Desse modo, considerando o quadro normativo anterior à Reforma Penal de 1984, vale ressaltar que referida alteração legislativa não é hábil a derrogar normas especiais introduzidas a partir do direito internacional, consoante já apontou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (REsp 58.736 - MG), cabendo, pois, reconhecer a convivência harmônica das normas gerais de direito interno com as normas (princípios) especiais cogentes do direito internacional sobre direitos humanos. Assim, na esteira de um “direito dialógico”, todas as fontes normativas, em vez de se excluírem, devem se unir (dialogar) para servir de obstáculo às violações dos direitos fundamentais e humanos previstos seja da CRFB/1988 ou dos tratados internacionais de direito humanos nos quais a República Federativa do Brasil é parte, reforçando, pois, a proteção aos direitos humanos.

Por fim, cabe rememorar que na América Latina – que vivenciou a consumação de crimes contra a humanidade em larga escala, durante os anos setenta e oitenta, no bojo das diversas ditaduras militares – a jurisprudência é inequívoca em considerar que fatos assemelhados aos da presente ação penal não são suscetíveis de anistia ou prescrição, por constituírem crime de lesa-humanidade.

Também no Brasil, cabe referir o importante precedente no caso do Proc. 0023005-91.2014.4.025101 referente aos crimes de homicídio doloso qualificado e ocultação do cadáver do ex-deputado Rubens Beyrodt Paiva, em janeiro de 1971 (além da imputação dos crimes de quadrilha armada e fraude processual). Após o recebimento da denúncia pelo juízo de primeira instância e a concessão de liminar em Habeas Corpus, a 2ª Turma Especializada do TRF2, em 10/09/2014, por unanimidade, revogou a liminar e determinou o prosseguimento da ação declarando “inocorrente a prescrição em relação aos delitos permanentes e aqueles que por sua forma e modo de execução configuram crimes de lesa-humanidade, evidenciando a inaplicabilidade da lei de anistia ao presente caso”.

Cabe aqui referir alguns trechos da referida decisão:

Ocorre, ainda, que não só em relação ao crimes permanentes



deve ser afastada a prescrição.

Descritos inicialmente pelo Tribunal de Nuremberg, Tribunal Militar Internacional formado ao término da 2ª Guerra Mundial com o intuito de julgar os principais criminosos de guerra, os crimes contra a humanidade foram delineados como o assassinato, extermínio, escravização, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, bem como as perseguições políticas, raciais e religiosas.

Posteriormente, o Estatuto de Roma, inserido no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto 4.388/2002, define os crimes contra a humanidade como, dentre outros, homicídio, prisão ou outra forma de privação de liberdade física grave em violação das normas fundamentais de direito internacional, tortura, agressão sexual, perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado por motivos políticos e o desaparecimento forçado de pessoas, cometidos *"no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil"*.

Os delitos imputados aos pacientes, de acordo com a peça acusatória, foram praticados *"por motivo torpe consistente na busca pela preservação do poder usurpado em 1964, mediante violência e uso do aparato estatal para reprimir e eliminar opositores do regime e garantir a impunidade dos autores de homicídios, torturas, sequestros e ocultações de cadáver"*.

Tais delitos foram praticados por agentes do Estado como forma de repressão política, caracterizando verdadeiro extermínio a seus opositores, impondo-lhes graves violações ao direito de integridade física e de personalidade, tendo em vista a manutenção no cárcere e os desaparecimentos, sem qualquer forma de comunicação oficial ou possibilidade de defesa.

O próprio Estado reconheceu sua responsabilidade em relação às mortes e o desaparecimento de pessoas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, ao editar a lei nº 9.140/95, criando a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos, estabelecendo parâmetros para o reconhecimento de tais pessoas, a localização dos corpos e a emissão de parecer sobre requerimento relativos a indenizações formulados por familiares, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de mortes ocorridas em consequência de atos de tortura praticados por agentes do poder público.

Tais crimes, evidentemente, se enquadram na descrição de



crimes contra a humanidade e o dever do Brasil de processar e punir seus agentes deriva do caráter cogente do Direito Internacional ao qual o Brasil se encontrava sujeito desde a época dos fatos, eis que a ordem constitucional então vigente já contemplava a possibilidade de o Brasil celebrar tratados e convenções em suas relações com Estados estrangeiros (art.8º, I da EC/69).

É forçoso concluir, portanto, pela competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal originária do presente feito. Outrossim, há que se afastar as alegadas causas extintivas de punibilidade eis que inócurre a prescrição em relação aos delitos permanentes e aqueles que por sua forma e modo de execução configuram crimes de lesa-humanidade, evidenciando a inaplicabilidade da lei de anistia ao presente caso.

Registre-se, por fim, que o processamento e julgamento dos crimes ora imputados aos pacientes, está longe de representar qualquer demérito ou tentativa de enfraquecimento das Forças Armadas, instituição que é das mais importantes e prestigiadas de nosso país, como bem ressaltou no bojo de seu brilhante voto o eminente Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, ao julgar o caso Riocentro. Muito ao contrário, trata-se de oportunidade ímpar de, definitivamente, prestar contas à sociedade, como ocorre e deve ocorrer em sociedades democráticas, cujos agentes sejam de que seguimentos forem, transbordarem os aceitáveis limites para a manutenção da paz e da ordem.

Por todo o exposto, DENEGO A ORDEM, revogando a liminar concedida.

Ademais, para que não restem dúvidas, cabe referir aqui a aplicação do conceito de crime contra a humanidade também para o delito de ocultação de cadáver, tipo penal que em princípio não se encontra incluído no Estatuto de Nuremberg ou no Estatuto de Roma.

(...)

2.2.3. Da falta de contingência da punição como óbice do início do prazo prescricional.

Aqui, cabe ressaltar que a persecução penal dos crimes cometidos por agentes do Estado durante a ditadura brasileira é possível tendo em conta, ainda, que a prescrição só começa a correr para esses crimes a partir do momento em que as investigações se tornaram possíveis, cabendo no caso brasileiro a inaplicabilidade judicial da prescrição com fundamento na razão de ser do instituto.



Em verdade, o prazo prescricional transcorre na hipótese de ausência de atuação estatal frente a uma conduta punível, a fim de que se evite, em situações comuns, a perpetuação *ad eternum* da ameaça de punição. Tal circunstância, por outro lado, não se faz presente em casos nos quais o próprio Estado, responsável pela persecução penal, deixa de investigar os crimes e sequer permite sua investigação. Nesta situação, a aplicação do instituto da prescrição perde claramente sua razão de ser.

No Brasil, isso se deu em razão de a Lei de Anistia haver representado uma verdadeira supressão institucional da denominada “contingência de punição”. E, já antes do surgimento dessa lei, o processamento dos crimes era impedido, claro, pela autoproteção concedida pelo Estado a seus agentes.

Ou seja, em razão de uma plantada impossibilidade institucional, nunca houve em verdade a necessária contingência da punição no Brasil para os crimes cometidos pelos agentes do estado durante a última ditadura militar.

Portanto, não resulta possível tratar, da mesma maneira, a prescrição para os crimes comuns, que afrontam a ordem jurídica detentora do poder sancionador, e para os crimes cometidos com o apoio do Estado. Isso porque, nesse último caso, utiliza-se justamente o poder estatal para cometer crimes, bem como para permanecerem impunes (inicialmente por sua própria inércia e, em seguida, com base na autoanistia, medidas essas que, somadas, fazem com que o prazo de prescrição transcorra sem nenhum risco de sanção).

Nesse sentido decidiu a Corte Suprema de Chile:

Si bien es cierto que en el proceso criminal, el Estado se somete a restricciones instrumentales, formales, institucionales y, como en este caso, temporales y, en tal virtud, transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, según cuál sea la gravedad del delito, sin que la persecución se concrete en la imposición o en la ejecución de un castigo, el Estado la abandona, no lo es menos que lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y



ocho, lo que provocó, por ende, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados en sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna [...].

Assim, o que se mostra necessário aqui é considerar - caso não se aceite a tese de imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade - que o prazo prescricional começou a correr no Brasil em 14 de dezembro de 2010, quando o país foi notificado da decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund vs Brasil. Oportunidade em que, consoante apontado acima, o tribunal competente para julgar a convencionalidade da lei de anistia brasileira o fez, afastando sua incidência.

Desse modo, também por tal razão, não haveria que se falar em prescrição.

Logo, sob qualquer ângulo, inexistente óbice ao trâmite da presente ação penal.

(...)

3.10.3. O texto acima, apesar de extenso, consolida, numa só assentada, todos os argumentos que demonstram a imprescritibilidade dos crimes ora denunciados.

3.10.4. Da parte da Denúncia acima transcrita, interessante destacar que **a prescrição penal não constitui garantia fundamental, haja vista que a CF/88 não estabeleceu um regime geral para a prescrição. Assim, o instituto da prescrição, via de regra, figura no plano normativo ordinário**. As Constituições Brasileiras nunca trataram da prescrição (1824, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988). E esta última, a vigente, de 1988, apenas menciona a prescrição quando declara a imprescritibilidade, em matéria criminal, do racismo (art. 5º, XLII) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); ainda menciona prescrição em



matéria penal quando a suspende nos casos de prerrogativas de mandatos políticos (art. 53, § 5º). No tocante à legislação histórica infraconstitucional⁴⁸, havia disposição impeditiva da prescrição das penas no Código Criminal do Império de 1830 (art. 65) e menção à prescrição no Código de Processo Criminal de 1832 (artigos 55 e 56). As regras prescricionais como temos hoje aparecem no Brasil em um decreto de 1890 (decreto nº 774, de 20/9/1890, art. 4º). O Código Penal de 1890 (Decreto nº 847, de 11/10/1890) tratava da prescrição nos artigos 78 a 85. Em 1923, o Decreto 4.780, de 27 de dezembro, criou diversas normas quanto à prescrição e o crime de moeda falsa era considerado imprescritível (art. 53).

3.10.5. Em face das considerações acima, a Sentença recorrida merece ser reformada para afastar, no presente caso, a incidência da prescrição, por descabida na hipótese.

4 – PEDIDO ANALÓGICO DE REVISÃO CRIMINAL⁴⁹

4.1. A Sentença recorrida negou o pedido analógico de revisão criminal sob o fundamento de falta de competência do Juízo e de falta de legitimidade ativa do MPF. Com a devida vênua, houve por parte do Juízo *a quo* a aplicação de um inapropriado fundamentalismo legalista à hipótese vertente. Primeiro, porque a decisão que se pretende desconstituir não partiu de um órgão judicial, mas sim de um triunvirato gestado no ventre da administração político-militar, sem qualquer semelhança ou relação com o Judiciário. Assim, e, pois, em segundo lugar, porque tal

48 Michel Alex Souza Teixeira apresenta um histórico na prescrição em “A Prescrição Penal no Ordenamento Brasileiro – Uma das Causas da Impunidade?” - UFRRJ – <https://www.itr.ufrrj.br/portal/wp-content/uploads/2017/10/t268.pdf>, acesso em 2/6/18

49 Na denúncia, este ponto é tratado em Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 323



trunvirato, qual seja a Subcomissão de Investigações, não tem qualquer similitude, nem nivelamento hierárquico com o Judiciário, razão pela qual a proibição de desfazimento de Sentença pela mesma instância (dedutível do art. 624, II do CPP), não é aplicável à presente hipótese para fim de afastar a competência de presumida instância inferior.

4.2. A revisão pretendida, conforme exposto na Denúncia, decorre da seguinte imputação feita a Higino João Pio⁵⁰: o ofício IM/AFA nº 0007 (GAB), datado de 24/2/1969⁵¹, imputou a Higino João Pio os crimes do art. 312 do Código Penal (parágrafo⁵² 4.96, item 3, “a”); art. 335 do Código Penal (parágrafo⁵³ 4.96, item 3, “b”), 315 (parágrafo⁵⁴ 4.96, item 3, “c”), art. 299 do Código Penal (parágrafo⁵⁵ 4.96, item 3, “d”, “e”, “f” e “g”), art. 321 do Código Penal (parágrafo⁵⁶ 4.96, item 3, “h”, “i” e “j”). Esta imputação funcionou como uma “sentença” da corte de exceção em que se constituiu a Subcomissão de Investigações cuja criação foi noticiada no parágrafo 4.76⁵⁷ da denúncia (veja-se também os parágrafos 4.26⁵⁸, 4.79⁵⁹ e 4.80⁶⁰ da denúncia). Daquela decisão da corte de exceção nunca foi permitido recurso ou revisão, o que fere o art. 9, 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6/7/1992; fere também o art. 8, 2, “h”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992.

4.3. O CPP, em seus artigos 621 a 631 dispõem sobre a

50 Conforme descrito nos parágrafos 4.91 a 4.97 da denúncia.

51 - Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 3, PROCADM84pp3 a 5, transcrito no parágrafo 3.3.64, tabela anexo 1 – volume 4, linha 811-813/.../24-2-1969, desta denúncia.

52 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 237

53 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 237

54 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 238

55 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 238-239

56 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 240

57 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 226

58 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 205

59 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 229

60 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 229



revisão criminal. Ali, não se normatiza casos de decisões prolatadas em cortes de exceção agindo em claro desrespeito ao próprio arcabouço normativo de governo de fato, nem a possibilidade do Ministério Público propor revisão criminal. Todavia, o caso presente está fora da normalidade, situação sobre a qual assim se manifestou o voto condutor do seguinte julgado do TRF4⁶¹:

*P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS
RELATOR : Des. Federal RÔMULO PIZZOLATTI
INTERESSADO : CORREGEDORIA REGIONAL DA JUSTIÇA FEDERAL DA
4A REGIÃO*

De início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau:

A 'exceção' é o caso que não cabe no âmbito da 'normalidade' abrangida pela norma geral. A norma geral deixaria de ser geral se a contemplasse. Da 'exceção' não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável sua descrição. Por isso dizemos que a 'exceção' está no direito, aique que não se encontre nos textos normativos do direito positivo. Diante de situações como tais o juiz aplica a norma à exceção 'desaplicando-a', isto é, retirando-a da 'exceção' [Agamben 2002:25]. A 'exceção' é o fato que, em virtude de sua anormalidade, resulta não incidido por determinada norma. Norma que, em situação normal, o alcançaria (GRAU, E. R. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124-25).

Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. (...). A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional.

4.4. Como já se asseverou acima, a primeira exceção a ser aqui admitida diz respeito ao art. 624, II do CPP. O julgamento da subcomissão de

61 - <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf> (acesso em 7/7/18)



investigações não pode ser admitido como uma primeira instância do Poder Judiciário, afinal tal subcomissão, na escala de valores democráticos, está abaixo dos Juízos de Primeira Instância, ou de qualquer órgão do Poder Judiciário. Aliás, o juízo sumário constituído por tal comissão está abaixo de qualquer valor democrático. Logo, o presente pedido de revisão deve ser excepcionado em relação ao art. 624, II do CPP.

4.5. A segunda exceção diz respeito ao pedido de revisão criminal ser efetuado pelo Ministério Público. Aqui não chega a ser uma exceção, pois há vários permissivos legais para a hipótese. É que o MPF tem atribuição para defender o regime democrático (CRFB, art. 127; LC 75/93, artigos 1º e 5º, I), os direitos constitucionais (art. 6º, VII, “a”), a ordem jurídica, o regime democrático, o Estado de Direito e as instituições democráticas (LC 75/93, art. 6º, XIV, “a”). A legitimidade do MPF também decorre do art. 3º, § 3º da Lei nº 12.528/2011, até em face da finalidade prevista no art. 1º da Lei nº 12.528/2011.

4.6. Sobre as causas da necessidade de revisão, veja-se também os parágrafos 4.5, 4.6, 4.10, 4.49, 4.50, 4.51, 4.53 a 4.57, 4.62 a 4.65, 4.67, 4.69, 4.70, 4.71, 4.73 a 4.76, 4.86 a 4.90 da denúncia⁶².

4.7. Como resultado da procedência do pedido de revisão, requereu o MPF a anulação (CPP, art. 626) de todo o procedimento (Processo SCGI/SC nº 4/70⁶³) relativo à prisão e investigação posterior à morte de Higino João Pio, especialmente a decisão objeto do ofício IM/AFA nº 0007 (GAB), datado de 24/2/1969 e o relatório da investigação constante nos mesmos autos (veja-se os parágrafos 4.72, 4.81 a

62 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Páginas 188 a 234.

63 - Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 3, PROCADM2pp1 e 2. Como já se disse alhures, há uma digitalização deste Processo SCGI/SC nº 4/70 de menor qualidade no Evento 2 e uma de melhor qualidade no evento 3.



4.83, 4.85, 4.205 a 4.231, especialmente 4.225 e 4.227 a 4.229, 4231 a 4.241 da denúncia⁶⁴), bem como todos os indiciamentos efetuados relativamente a outras pessoas, tudo mencionado no item 3.3⁶⁵ da denúncia, nos termos do art. 626 do CPP. E declarando-se Higino João Pio absolvido de todos os crimes de que foi acusado no ofício acima referido [ofício IM/AFA nº 0007 (GAB), datado de 24/2/1969 e descrito nos parágrafos 4.91 a 4.97 da denúncia⁶⁶) e demais documentos objeto do sumário a que foi submetido. Uma vez que já houve indenização à família de Higino⁶⁷, a indenização aqui (CPP, art. 630), como resultado da busca da verdade, há de ser feita à coletividade. Assim, requereu-se a condenação da União a erguer um museu na cidade de Balneário Camboriú, em terreno de sua propriedade, contendo exposição sobre as obras e a trajetória política de Higino João Pio (veja-se os parágrafos 4.12, 4.13, 4.14, 4.17, 4.19, 4.61 da denúncia⁶⁸). Estimou-se, somando terreno + construção e montagem + manutenção (mão de obra de atendimento, de manutenção e material para estes fins, por dez anos), em cinco milhões de reais.

4.8. A exceção aberta pelo P.A. CORTE ESPECIAL Nº 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, acima mencionada, é aplicável ao presente caso, por se tratar, este aqui, também de uma exceção. Na verdade, a exceção, em face do princípio da igualdade (CRFB, art. 5º, *caput*) entre as pessoas [e os espectros político-ideológicos (direita e esquerda)], deve ser vista como **precedente**, aplicável a todas as pessoas cuja situação, civil, penal ou política difere do comum, difere dos casos corriqueiros, difere da praxe forense.

4.9. Assim, seja porque a decisão da Subcomissão de Investigações a ser revisada não foi prolatada pelo Poder Judiciário, mas sim por um

64 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Páginas 224 a 312.

65 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 65

66 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 234 a 241

67 - Processo 5012056-32.2018.4.04.7200/SC, Evento 3, PROCADM100, Página 1 (DOU 1 244, de 17/12/1997).

68 Processo 5012165-46.2018.4.04.7200/SC, Evento 1, DENUNCIA1, Página 191 a 219



MPF | Procuradoria
da República em
Santa Catarina
Ministério Público Federal

3º

Ofício

RUA PASCHOAL APÓSTOLO PITSICA, 4876, TORRE 1, ATICO – ED. LUIZ E. DAUX - FPOIS - SC – 88025-255 - FONES: (48) 2107-6100 – www.prsc.mpf.mp.br

triunvirato que usurpou as funções judiciárias; seja porque não existe remédio na legislação para declarar a inocência penal de Higino João Pio, além da aplicação analógica do instituto da revisão criminal; seja porque o MPF tem por função a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB, art. 127), cabendo-lhe pleitear – em nome da verdade e no interesse da Sociedade – a revisão das imputações que foram feitas ilegalmente e anti-democraticamente a Higino João Pio, requer-se seja também neste ponto reformada a Sentença recorrida, para admitir a aplicação analógica do instituto da revisão criminal ao presente caso, nos termos explanados na denúncia.

Ex positis, espera o Ministério Público Federal seja recebido e conhecido o presente Recurso, dando-se-lhe provimento para reformar a Sentença recorrida, a fim de que seja recebida a Denúncia, afastando-se a aplicação da Lei da Anistia, da prescrição e admitindo-se a aplicação analógica do instituto da revisão criminal ao presente caso.

Em face do princípio da fungibilidade dos recursos, a hipótese recursal tanto se enquadra na do art. 581, I do CPP quanto na do art. 593, I e II do CPP, neste caso por se tratar de decisão com força de definitiva.

Nestes Termos

Pede Deferimento.


João Marques Brandão Néto
Procurador da República