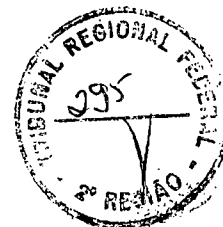




MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



**Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Tribunal
 Regional Federal da 2ª Região.**

RSE nº 3517/RJ

Processo nº 2013.51.01.801434-7

Processo nº CNJ: 0801434-65.2013.4.02.5101

Recorrente: Ministério Público Federal

**Recorridos: Luiz Mario Vale Correia Lima, Roberto Augusto de
 Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez dos Reis e Valter da
 Costa Jacarandá**

TRF2-DIDRA 201351018014347 05022014 16:40 2014009439 8110

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pela Procuradora Regional da República que esta subscreve, inconformado com o acórdão de fls. 271/272 e 291 vem, com fundamento no artigo 105, III, "a" da Constituição Federal, interpor **RECURSO ESPECIAL**, expondo as razões em anexo, na certeza de ser o presente admitido, processado e remetido ao Superior Tribunal de Justiça, para julgamento.

Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2014.


Marcia Morgado Miranda
Procuradora Regional da República



TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO
 Subsecretaria da 1ª Turma Especializada
 Recebido em 5 de fevereiro de 2014





MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



RSE nº 3517/RJ

Processo nº 2013.51.01.801434-7

Processo nº CNJ: 0801434-65.2013.4.02.5101

Recorrente: Ministério Público Federal

Recorridos: Luiz Mario Vale Correia Lima, Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez dos Reis e Valter da Costa Jacarandá

Razões Recursais

Egrégio Superior Tribunal de Justiça,

I

Dos fatos

Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público Federal em face de Luiz Mario Vale Correia Lima, Roberto Augusto de Mattos Duque Estrada, Dulene Aleixo Garcez dos Reis e Valter da Costa Jacarandá (fls. 03/102) pela prática, em tese, do delito de sequestro, descrito no art. 148, §2º, do Código Penal.

A exordial acusatória narra que :



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“ (...) Em 16 de janeiro de 1970, Mário Alves saiu de casa, localizada no subúrbio carioca (bairro da Abolição), por volta das 20h, dizendo à família que retornaria em pouco tempo. Todavia, foi preso e levado ao Destacamento de Operações de Informações – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI/RJ), especificamente o quartel do 1º Batalhão de Polícia do Exército, localizado na Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro, onde chegou pouco tempo depois.

Lá, foi submetido a severas torturas durante horas, o que prosseguiu pela madrugada. De fato, Mário Alves foi levado para uma cela geralmente em que se realizavam as torturas; foi encapuzado e torturado durante toda a noite, oportunidade em que o interrogatório, a prática das sevícias, assim como os gritos da vítima, foram vistos e ouvidos pelos demais presos, especialmente pelos presos que se encontravam na cela ao lado daquela onde praticada a tortura.

Pela manhã, a vítima foi vista sangrando abundantemente, em estado precário, por vários presos. Antônio Carlos Nunes Carvalho, Raimundo Barros Teixeira Mendes, José Carlos Brandão e Manoel João da Silva – que estavam detidos – viram as torturas e foram chamados para fazer uma faxina na cela de Mário Alves. Nesta oportunidade, a vítima se encontrava dentro da cela, deitado no chão em posição fetal em estado precário, com diversas equimoses e pedindo água,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



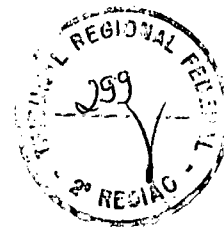
sem qualquer condição de fuga. Estava sem capuz e foi reconhecido, tendo falado com os demais presos. A cela estava toda enlameada, suja de fezes e com sangue espalhado por todos os lados.

Cerca de uma hora depois, a vítima foi retirada da cela, com vida, tendo sido carregada pelos denunciados e levada para local incerto. A partir daí, a vítima nunca mais foi vista pelos demais presos ou por seus familiares, e não se teve mais notícia de seu paradeiro.” (fls. 09/10).

O r. Juízo *a quo* rejeitou a denúncia (fls. 113/128), ao argumento de que: 1. os elementos de prova que instruem a denúncia não dão lastro ao elemento subjetivo do tipo próprio do crime de sequestro; 2. os fatos narrados se amoldariam aos delitos de homicídio ou lesão corporal seguida de morte, cuja punibilidade está extinta, seja pela anistia ou pela prescrição; 3. que ainda que se admitisse a capitulação inicial de sequestro, a prova que instrui os autos seria indicativa do exaurimento do crime e do fim da permanência em janeiro de 1970, também a gerar a extinção da punibilidade pela anistia ou pela prescrição; 4. não existe lei anterior de natureza convencional com força cogente que se amolde aos fatos descritos na denúncia; 5. não há decisão vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da revisão da lei da anistia em relação aos fatos narrados em relação a MÁRIO ALVES (fls. 128/128-v).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs Recurso em Sentido Estrito (fls. 134/171), pugnando pela reforma da decisão recorrida e o recebimento da denúncia, para prosseguimento do processo nos seus ulteriores termos.

Parecer ministerial às fls. 213/226, opinando pelo provimento do recurso interposto e o conseqüente recebimento da denúncia.

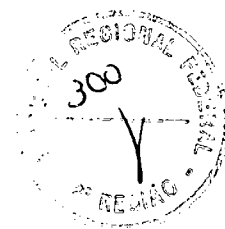
A Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal, por unanimidade, negou provimento ao recurso, ficando a questão assim ementada (fls. 271/272):

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

I- O conjunto probatório coligido aos autos não deixa dúvidas de que MÁRIO ALVES DE SOUZA VIEIRA foi capturado por agentes do Estado na noite de 16 de janeiro de 1970 e levado para as dependências do DOI-CODI situado no 1º Batalhão de Polícia do Exército - Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro. As barbáries



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



cometidas contra a vítima foram atestadas por presos políticos que estavam naquele mesmo dia, na cela ao lado da de MÁRIO.

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

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

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

V- Quanto à Lei nº 9.140/95, perflho do entendimento de que o referido texto normativo institucionalizou fato notório que a história já havia revelado e que a expressão “para todos os



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



efeitos legais” contida em seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal, mormente porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência.

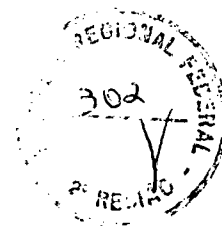
VI- A Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados, sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



O Ministério Público Federal opôs embargos de declaração em face da referida decisão, às fls. 276/283, os quais tiveram seu provimento negado, conforme ementa a seguir transcrita (fls. 291):

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESNECESSIDADE DE REFUTAR TODAS AS TESES COLOCADAS NO RECURSO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

I- Os órgão julgadores não estão obrigados a refutar cada um dos argumentos expendidos nas razões recursais, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, IX, da Magna Carta.

II- Se o Colegiado, por unanimidade, decidiu que a decisão oriunda de Tribunal Internacional tem caráter meramente declaratório, não tendo, por esse motivo, o poder de desconstituir um ato interno como a anulação de um ato administrativo, a revogação de uma lei ou a cassação de uma sentença judicial, conclui-se que foi completamente refutada a tese de que a imprescritibilidade de crimes contra a humanidade é de observância obrigatória pelo Brasil, por se tratar de costume internacional.

III- Omissão que não se confirma.

IV- Embargos de declaração desprovidos.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Tal acórdão violou lei federal, como será demonstrado. Ressalte-se que não se aplica o Enunciado da Súmula nº 7 do STJ ao presente recurso, visto tratar a questão apenas de direito, quanto a correta aplicação da lei federal aos fatos já devidamente reconhecidos no acórdão, conforme transcrito.

Cabe informar que o Ministério Público Federal interpôs, ainda, recurso extraordinário, por entender que o referido acórdão contrariou os dispositivos constantes do art. 5º, XLIV, §§ 1º, 2º e 3º, art. 1º, II e III e art. 4º, II, da Constituição Federal.

II

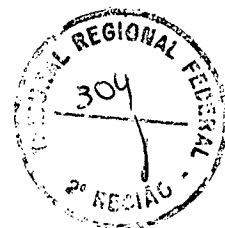
Do Prequestionamento

O acórdão recorrido debate expressamente a questão da adequação da conduta dos acusados ao tipo penal descrito no art. 148, § 2º, do CP, da rejeição da denúncia pelo r. Juízo *a quo* (arts. 41 e 395, do CPP), confirmando-a, e da aplicação das Leis nº 9.140/95 e nº 6.683/79 (Lei da Anistia) ao presente caso.

A Primeira Seção Especializada do Tribunal Regional Federal 1ª Região considerou impossível a adequação da conduta dos acusados ao tipo penal descrito no art. 148, § 2º, do CP, aduzindo que a alegação de que Mário Alves foi visto com vida no dia seguinte à sessão de tortura não é suficiente para comprovar que o sequestro esteja perdurando até os dias



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



atuais, confirmando a decisão do Juízo *a quo* que rejeitou a denúncia (arts. 41 e 395 do CPP).

No que tange à Lei nº 9.140/95, entendeu que a expressão “para todos os efeitos legais” contida no art. 1º daquele diploma legal não pode deixar de abranger a esfera criminal, especialmente porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência. Em seu voto, o Exmo. Desembargador Relator aduziu que *“Não se infirma aqui a relatividade da presunção prevista no art. 12 do citado texto normativo. O que se coloca é que essa presunção, nas hipóteses de persecução penal, deve ser afastada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, isto é, ao órgão ministerial cabe colacionar os indícios de que as vítimas desaparecidas naquele período estejam vivas.”* (fls. 238).

Entendeu, ainda, que a Lei nº 6683/79 tem plena aplicabilidade ao presente caso, já que os indícios dariam conta que o homicídio teria se consumado muito antes de 15/08/1979, termo final para o alcance dos fatos anistiados.

Não há dúvida, portanto, de que houve prequestionamento, uma vez que a questão em discussão foi debatida no acórdão recorrido. Nessa linha, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *“Tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, a adoção de entendimento explícito a respeito”* (STF – RE 104.899 – RS – 2ª T. – Rel. p/ Ac. Min. Marco Aurélio – DJU 18.09.1992).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



III

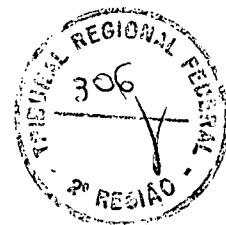
Do Cabimento do Recurso Especial

Diz o Texto Constitucional, no art. 105, III, letra “a”, que compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar, mediante recurso especial, quando a decisão recorrida contrariar lei federal ou negar-lhe vigência.

No presente caso, o acórdão recorrido contrariou os artigos 148, § 2º, do Código Penal, ao considerar que a conduta dos acusados não se adequava àquele tipo penal; os artigos 41 e 395 do Código Processo Penal, ao manter a decisão do Juízo *a quo* que rejeitou a denúncia, haja vista que o magistrado sentenciante não analisou a existência dos aludidos requisitos para o início da ação penal, proferindo, em verdade, decisão definitiva de mérito; os arts. 1º e 12 da Lei nº 9.140/95, visto que o Ministério Público Federal, quando do oferecimento da denúncia, ofereceu indícios suficientes de que a vítima foi sequestrada; e a Lei nº 6.683/79 (Lei da Anistia), visto que considerou que Mario Alves faleceu muito antes de 15/08/1979 (termo final para o alcance dos fatos anistiados), contrariamente às provas constantes dos autos, aplicando indevidamente o referido diploma legal ao presente caso.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



IV

Da negativa de vigência aos artigos 41 e 395, do Código de Processo Penal

Dispõem os arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”

A denúncia de fls. 03/101 foi rejeitada pelo r. Juízo *a quo*, e a decisão foi mantida pela 1ª Turma Especializada do TRF2. O raciocínio externado no acórdão recorrido para rejeitar a denúncia, todavia, extrapola o exame da justa causa e realiza, em verdade, uma previsão de êxito da instrução probatória futura.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



De fato, da leitura dos autos, verifica-se que o elemento de convicção levado em consideração para concluir pela morte de Mario Alves foi uma ilação extraída de regras de experiência e totalmente desvinculada da compreensão do legado de violência deixado pela ditadura militar brasileira (1964-1985).

A vivência de um período de ditadura militar (1964-1985) deixou um passado de violência e desrespeito em massa aos direitos humanos, que precisa ser abordado pelo Estado brasileiro, inclusive pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, sob a ótica do conjunto de abordagens e ferramentas que se convencionou chamar *Justiça de Transição*.

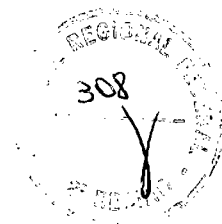
A Justiça de Transição é conceituada pela ONU como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades e exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, fortalecendo as instituições com valores democráticos e garantindo a não repetição das atrocidades ¹.

A base teórica da justiça de transição é construída a partir das experiências e as análises são voltadas para as medidas concretas adotadas

¹UN Security Council, The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report Secretary-General, S/2004/616, 23 august 2004, Transitional Justice, parágrafo 8, p.4. Ver também Glenda Mezarobba, De que se Fala, quando se diz “Justiça de Transição”?, BIB-Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais, n.67, 2010, p.111-122; e Louis Bickford, ‘Transitional Justice,’ in *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v.3, p. 1045-1047.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



em relação ao acerto de contas sobre as atrocidades praticadas (*accountability*), à estabilidade, à reforma institucional e à democratização.² Portanto, se antes o importante era discutir se caberia ao Estado cumprir ou não as obrigações da justiça de transição, hoje o desafio colocado, inclusive para o Brasil, é o de refletir como cumprir as suas obrigações e quais as melhores estratégias e mecanismos³.

Certamente a responsabilização penal dos agentes que cometeram crimes não abrangidos pela lei de anistia (1979), como o sequestro, é uma resposta à impunidade e uma estratégia legítima, válida e necessária para o avanço da Justiça de Transição no Brasil.

Conseqüentemente, é justo, legal e necessário que a ação penal tenha regular prosseguimento. Precipitar, como se pretende, um juízo de certeza quanto às mortes das pessoas ditas sequestradas, negando ao órgão da acusação a possibilidade mínima de provar suas alegações, constitui manifesta temeridade, incompatível com os princípios que informam o devido processo constitucional e o contraditório, especialmente.

Neste passo, é cediço que os elementos da denúncia estão delineados no artigo 41 do Código de Processo Penal, o qual estabelece que a referida peça processual “*conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou*

²SRIRAM, Chandra Lekha, ‘Transitional Justice Comes of Age: Enduring Lessons and Challenges,’ *Berkeley Journal of International Law* 23(2) (2005). p. 506.

³NAGY, Rosemary, ‘Transitional Justice as Global Project: Critical Reflections,’ *Third World Quarterly* 29(2) (2008). .p. 276.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Sendo assim, basta à peça acusatória a descrição dos fatos delituosos supostamente cometidos pelo denunciado, de sorte que a decisão que rejeita ou recebe a denúncia não é este o momento apropriado para provar o dolo do indivíduo ou pormenores do caso, decorrentes de uma análise aprofundada das peças de informação anexadas à denúncia, visto que o momento não equivale à fase de apresentação das alegações finais.

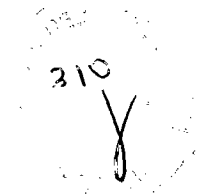
No presente caso, não há de se falar em inépcia da denúncia, haja vista que a inicial expõe com clareza o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias essenciais, a qualificação dos denunciados e a classificação do crime, preenchendo, portanto, os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, não se podendo falar em ausência de justa causa.

Com efeito, só é possível a rejeição da inicial acusatória nos casos em que o fato narrado evidentemente não constitui crime, o que *“retira do magistrado a exigência de um pré-julgamento do caso, e situa-o no âmbito da simples aferição de indícios mínimos que justifiquem a marcha de um processo penal”*⁴. Há larga jurisprudência que afasta o argumento de ausência de justa causa quando a conduta é típica e há indícios de autoria e prova da materialidade delitiva:

⁴BRITO, Alexis Couto de (et. al.). *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 262.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“HABEAS CORPUS. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. MATERIAL PROBATÓRIO PRODUZIDO EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. POSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR O FEITO. CÓPIA DO ACÓRDÃO DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA QUE NÃO FOI TRAZIDA AOS AUTOS. DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO PACIENTE DO CARGO DE PREFEITO MUNICIPAL. MANDATO ENCERRADO.

1. Reconhecido que não se trata de hipótese de atipicidade da conduta, de inexistência absoluta de indícios de autoria ou de extinção da punibilidade, não é de se falar em falta de justa causa para a ação penal.

2. É sabido que o Ministério Público pode se valer, para a propositura da ação penal, de quaisquer elementos de prova, inclusive aqueles obtidos por outros órgãos, desde que legalmente produzidos, aí incluídos, por óbvio, o inquérito civil público, sendo irrelevante, portanto, que este tenha sido promovido por Promotor de Justiça.

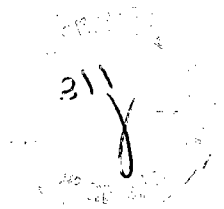
3. Inexistente a cópia do acórdão da exceção de incompetência, inviável se torna o exame da matéria a ela relativa.

4. Resta prejudicada a insurgência contra o afastamento do paciente do cargo de Prefeito Municipal de Almeirim, no Pará, visto ter se encerrado o respectivo mandato.

5. Ordem conhecida em parte e denegada.”(HC 15195, Relator: Ministro Paulo Gallotti. Dje. 04.08.2008) (grifo nosso)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171, § 3º E ART. 342, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).

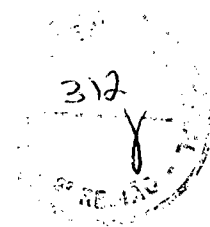
II - Na hipótese, a exordial acusatória não se descuidou de atribuir, cada um dos acusados, a possível e efetiva participação nos fatos apurados. Com relação ao primeiro recorrente, no crime de estelionato. Já em relação ao segundo, a prática, em tese, do crime de falso testemunho.

III - Recurso ordinário desprovido. (RHC 20.021/RJ, Relator: Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 595).

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. PRESENÇA. ORDEM DENEGADA. 1. O presente habeas corpus foi impetrado com a finalidade de restabelecer decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro, que não recebeu a denúncia oferecida contra o paciente. 2. Existe, no presente caso concreto, prova da materialidade do crime imputado ao paciente, consistente no auto de exame cadavérico encartado aos autos do processo. Por outro lado, a efetiva causa da morte da vítima, na espécie, deverá ser apurada no curso da instrução processual criminal. 3. Cabe destacar que na fase do recebimento da denúncia o julgador deve se pautar pelo princípio pro societate. Assim, para o recebimento da exordial acusatória, basta a presença da prova da materialidade delitiva e



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



dos indícios suficientes de autoria. 4. O trancamento de ação penal, principalmente por meio de habeas corpus, é medida reservada a hipóteses excepcionais, como a manifesta atipicidade da conduta, a presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas, o que não é o caso. 5. Writ denegado.”(HC 105251, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 30-08-2011 PUBLIC 31-08-2011) (grifo nosso)

É sabido que a falta de justa causa “*diz respeito à ausência de requisitos mínimos de materialidade e autoria*”⁵, referindo-se à inexistência de elementos probatórios mínimos. Por outro lado, a verificação da presença do dolo está relacionada à tipicidade, ou seja, ao enquadramento típico da conduta imputada, já que representa justamente o elemento subjetivo do tipo⁶.

Como destacado pelo Ministério Público Federal no parecer de fls. 213/226, no momento da propositura da denúncia vige o princípio *in dubio pro societate*, de onde se extrai que basta à peça acusatória a demonstração dos indícios de autoria e de materialidade do delito. A respeito do tema já teve oportunidade de se manifestar este Egrégio Superior Tribunal, senão vejamos:

⁵BRITO, Alexis Couto de (et. al.). *Processo penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 263.

⁶Nesse sentido, por exemplo: OLIVÉ, Juan Carlos Ferré (et. al.). *Direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2011; GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“quando a denúncia descreve conduta que, em tese, constitui crime, incabível é a alegação de falta de justa causa, tanto mais porque, nessa fase processual, prevalece o princípio do in dubio pro societate, bastando, para o recebimento da denúncia, a mera probabilidade de procedência da ação penal”. (STJ – RHC 2170 – Rel.: Min. Des. Conv. Carlos Fernando Mathias – DJ 08.10.2007, p. 368) (grifo nosso)

Desse modo, ação deve prosseguir, como já reiteradamente decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. INADMISSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA. I - A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do habeas corpus. II - Para o recebimento da ação penal não se faz necessária a existência de prova cabal e segura acerca da autoria do delito descrito na inicial, mas apenas prova indiciária, nos limites da razoabilidade. III - Ordem denegada, para que a ação penal siga seu curso, com as



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO

cautelas de estilo.” (STF, HC 96581, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, 1ª Turma, 17.03.2009) (grifo nosso)

“HABEAS CORPUS. CRIME DE MOTIM. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A denúncia narrou os fatos em todas as suas circunstâncias, possibilitando o exato conhecimento das razões pelas quais o paciente foi acusado e viabilizando o pleno exercício do direito de defesa. 2. Os argumentos relativos à inocência do paciente devem ser deduzidos nos autos da ação penal de origem. 3. Os documentos juntados com a impetração não podem ser cotejados com outras provas constantes dos autos da ação penal de origem, sendo proibido o revolvimento probatório na estreita via do writ. 4. No momento do oferecimento da denúncia, a dúvida milita em favor do completo esclarecimento dos fatos em juízo, e não do trancamento do inquérito. 5. Ordem denegada.” (STF, HC 92844, Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, 12.08.2008) (grifo nosso)

No mais, observa-se que a complexidade do acórdão prolatado, por si só, já se mostra como um forte indicativo de que a análise implementada pelos magistrados explicitou juízos de valor que fogem, em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



muito, o simples, mas não irrelevante, ato de avaliar a possibilidade de recebimento da denúncia.

Como assinala Juan Bustos Ramírez, a história do direito penal é a história do Estado, um largo caminho de democratização, que só estamos iniciando e que, por isso, requer uma constante revisão crítica e que implica ao mesmo tempo remover, permanentemente, mitos, ficções e alienações que impeçam essa revisão⁷.

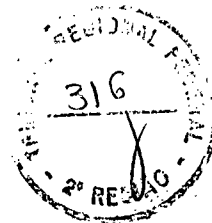
No presente caso, o exercício da democracia passa pelo prosseguimento da presente ação penal e pela oportunidade de responsabilização de agentes públicos que sequestraram cidadãos durante a ditadura brasileira. A decisão ora combatida ofende os dispositivos processuais mencionados, já que não se pode - de modo prematuro, antes de se chegar à fase de instrução probatória - considerar que o sequestro ocorrido não foi de fato um “sequestro”, mas um homicídio ou uma lesão corporal seguida de morte.

Não há restos mortais que deem suporte à decisão combatida. Não há testemunhas desse assassinato. O que há é uma denúncia que apresenta provas suficientes de que o sequestro subsiste, já que o paradeiro da vítima sequestrada até hoje não é conhecido, nem houve indícios suficientes a permitir a confirmação de sua morte, especialmente porque não foram localizados seus restos mortais.

⁷Bases crítica de un nuevo derecho penal. Bogotá: Temis, 1982, p. 150. Esse parágrafo reproduzido é de autoria de Paulo Queiroz, Procurador Regional da República, Parecer nº 6502/2012/PQ/PRR 1ª Região, HC nº 0068063-92.2012.4.01.0000/PA, de dezembro de 2012



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



A decisão ora recorrida traz uma situação incompreensível e injusta, já que garante que, em pleno regime democrático, as apurações das responsabilidades em crimes permanentes não sigam adiante. Essa forma de impunidade não deve ter respaldo do Poder Judiciário.

Com efeito, o Código de Processo Penal estabelece que a denúncia deverá ser rejeitada quando “for manifestamente inepta”, “faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal”, ou inexistir “justa causa para o exercício da ação penal” (artigo 395 do CPP).

Está mais do que sedimentado o entendimento de que as palavras contidas no texto legal merecem ser efetivamente consideradas pelo intérprete da norma, vez que lá não foram inseridas inocuamente. E, conforme demonstrado acima, o texto legal aponta para a necessidade de recusa da exordial acusatória quando se estiver diante de **manifesta inépcia** ou mesmo quando **faltar** pressuposto processual, condição da ação ou justa causa para o exercício da ação penal, o que não ocorre no presente caso.

A 1ª Turma do TRF2, no acórdão que confirma a decisão do r. Juízo *a quo* que rejeitou a denúncia, realiza um parcial exame das condições narradas na exordial, com a apresentação de complexos argumentos e a conclusão, inclusive, de existência de “prova indiciária” desconstitutiva dos fatos contidos na peça acusatória (como será visto do item posterior). Esta análise pormenorizada é um dos mais concretos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



elementos representativos de que os magistrados não analisaram a existência dos aludidos requisitos para o início da ação penal, proferindo, em verdade, decisão definitiva de mérito, com forte característica absolutória, que, não custa frisar, somente poderia ser prolatada posteriormente ao esgotamento da instrução probatória e com o efetivo respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como explicitado no parecer ministerial de fls. 213/226, “(...) *A equação a ser realizada no momento em que se apresenta a denúncia guarda características sensivelmente mais singelas do que aquelas adotadas na r. decisão recorrida. Dessa forma, o procedimento não deve fugir do roteiro: apresentação dos fatos-análise dos indícios de autoria e de materialidade do delito-juízo quanto à probabilidade da prática delitiva apontada ter sido cometida pelo denunciado. Ora, fala-se em indícios e probabilidade, os quais, em muito, diferem da comprovação e da certeza do cometimento do crime imputado ao acusado, pois, a exigir-se os dois últimos, seria absolutamente esvaziado o exercício da jurisdição penal, rechaçar-se-ia a concretização da pretensão punitiva ou, em último caso, quando eventualmente aceita a acusação, seu juízo de admissão equivaleria à condenação do acusado, ante a citada certeza quanto ao crime e ao seu autor.*”

Neste mesmo sentido também foi a argumentação desenvolvida pelo MPF nas razões de recurso em sentido estrito, cujo trecho se encontra abaixo transcrito (fls.134/171):



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“De fato, como visto, a prova direta efetivamente existente é de sequestro, tortura e sobrevivência às sevícias. Não há prova, direta ou indireta (indício) de morte. O elemento de convicção levado em consideração pelo juízo recorrido para concluir pela morte foi uma ilação extraída de regras de experiência.

Esta constatação é relevante porque, no processo penal, admite-se que o juiz, ao analisar o recebimento da denúncia, examine perfunctoriamente o conjunto das provas apresentadas pelo órgão acusador e inadmita o prosseguimento do processo se não houver elementos probatórios mínimos (justa causa).

Mas o que fez o juízo recorrido foi algo muito diferente. Além de apreciar a justa causa, o juízo — sob uma roupagem argumentativa diversa, é verdade — acabou por empreender uma prognose de êxito da prova ainda por ser produzida.

Reparem bem, nobres Desembargadores Federais, que os indícios e as provas existentes apontam para um “robusto” conjunto probatório, como afirmado pelo próprio juízo, no que se refere à autoria, à captura ilegal da vítima, e sua tortura em base da ditadura militar brasileira. E há também prova direta de sobrevivência à tortura.

Como vimos nos itens anteriores, o elemento de convicção usado pelo juízo foi uma observação sobre o que normalmente se espera acontecer num caso de desaparecimento prolongado.

Contudo, apesar de ser admitida, em tese, a utilização das regras de experiência comum como elemento formador do convencimento judicial, não é possível que o juízo o faça contra todos os demais elementos de prova, especialmente neste momento processual, onde vige uma pressão sistêmica para o recebimento da denúncia (in dubio pro societate). Em suma, extrapolou o juízo o exame da justa causa e rejeitou a denúncia com base numa antecipação do que só poderia ter certeza ao final do processo.

Sobre o tema, ao falar da justa causa, Mirabete destaca: “Evidentemente não se exige prova plena nem um exame



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



aprofundado e valorativo dos elementos contidos no inquérito policial ou peças de informação, senão suficientes elementos que tornem verossímil a acusação”. (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 138-139). Ou seja, se, ao fim do processo, após a instrução probatória e o exercício de cognição exaustiva, o magistrado ainda tiver dúvida sobre os fatos, a dúvida se resolve em favor do réu (in dubio pro reo), e então seria admissível a aplicação da tal regra de experiência ou qualquer outro juízo sobre a prova. Entretanto, não é o aplicável a este momento processual do recebimento da denúncia. Por todos estes argumentos, merece reforma a decisão.”

Neste diapasão, vejamos o seguinte julgado, prolatado por este Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“As teses pertinentes ao juízo de admissibilidade da demanda foram devidamente apreciadas. Logo, alegações referentes ao mérito e que pressupõem para a sua constatação a realização da instrução, escapam aos limites do juízo de recebimento da denúncia. Assim, tratando-se de conduta que permite adequação típica, havendo indícios de autoria e de materialidade, bem como a inexistência de causa extintiva de punibilidade, de rigor o recebimento da peça acusatória, não havendo que se falar, conseqüentemente, em juízo valorativo meramente subjetivo na admissibilidade da demanda.” (EDAPN 200301092000, FELIX FISCHER, STJ - CORTE ESPECIAL, DJ DATA:16/05/2005 PG:00217 ..DTPB:.) (grifo nosso)



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



O que se percebe, *in casu*, é que, no acórdão recorrido, foi colocada à frente dos elementos colhidos e trazidos aos autos pelo Ministério Público Federal a subjetiva convicção dos julgadores de que eventuais práticas delitivas relacionadas à ditadura militar se esgotaram com o estabelecimento de um regime democrático e o decurso do tempo.

Apesar de não ser descartada a possibilidade de um futuro juízo absolutório decorrente da denúncia que se pretende ver recebida, o julgado deverá derivar de um profundo comprometimento do órgão acusador e, por que não dizer, do próprio Poder Judiciário, com vistas à produção dos elementos probatórios que forem necessários à elucidação dos fatos.

No caso em apreço, os acontecimentos relatados pelo Ministério Público Federal demonstram, explicitamente, a existência da justa causa, bem como de todas as exigências contidas no Código de Processo Penal para o recebimento da denúncia, ficando explícita a real probabilidade de cometimento do delito imputado aos acusados pelo Ministério Público Federal.

Nessa mesma direção, como apontou o Ministério Público Federal em seu parecer (213/226), denúncias de casos semelhantes obtiveram em diferentes Juízos destino diverso daquele dado ao presente caso.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



A Justiça Federal de Marabá, no Pará, por exemplo, recebeu as denúncias do Ministério Público Federal em face do coronel da reserva do Exército brasileiro Sebastião Curió Rodrigues de Moura e contra o major da reserva Lício Augusto Maciel. Ambos foram denunciados pela prática, em tese, de sequestro qualificado de militantes capturados durante a repressão à guerrilha do Araguaia na década de 70, durante a ditadura militar, e até hoje desaparecidos. A juíza Nair Pimenta de Castro, da 2ª Vara Federal em Marabá, considerou presentes os requisitos para receber a denúncia, em entendimento acertado e contrário ao do acórdão recorrido⁸ (Processos 0001162-79.2012.4.01.3901 – 2ª Vara Federal de Marabá/PA e 0006232-77.2012.4.01.3901 – 2ª Vara Federal em Marabá/PA).

Em outro caso semelhante, o Juízo da 2ª Vara Federal de Marabá recebeu a denúncia do Ministério Público Federal em face de um militar pela prática, em tese, do crime de sequestro, durante a guerrilha do Araguaia, na década de 70, também durante o período da ditadura militar. O major da reserva Lício Augusto Maciel, que usava na época o codinome de doutor Asdrúbal, foi denunciado pelo sequestro de Divino Ferreira de Sousa, o Nunes, capturado e ilegalmente detido pelo Exército durante a repressão à guerrilha em 1973. Divino foi emboscado no dia 14 de outubro de 1973 pelos militares chefiados por Lício, quando estava ao lado de André Grabois (o Zé Carlos), João Gualberto Calatroni (o Zebão) e Antônio Alfredo de Lima (o Alfredo). Ao avistarem os militantes, Lício e seus homens abriram fogo. Os outros três guerrilheiros foram executados e

⁸http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/30-08-12-justica-recebe-denuncia-contramilitar-por-sequestro-na-guerrilha-do-araguaia/?searchterm=ditadura



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Divino foi sequestrado e levado com vida para a base militar da Casa Azul, em Marabá. Apesar de ferido, Divino foi interrogado e submetido a grave sofrimento físico em razão da natureza da detenção. Após isso, não mais foi visto⁹ (autos nº0004334-29.2012.4.01.3901 – 2ª Vara Federal em Marabá/PA).

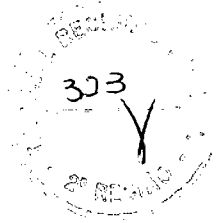
A denúncia do Ministério Público em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra, Alcides Singillo e Carlos Alberto Augusto, pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 148, § 2º, do CP, em outro caso bastante semelhante ao ora em análise, também foi recebida pela Justiça Federal (processo nº 0011580-69.2012.403.6181). Neste ponto, cabe transcrever alguns trechos da decisão que recebeu a referida denúncia:

“Anoto, de início, que o delito de sequestro, previsto no art. 148 do Código Penal, é crime de natureza material e permanente, perfazendo-se enquanto durar a privação da liberdade da vítima. Como consequência, enquanto estiver sendo perpetrado não incide o início de prazo prescricional, nos precisos termos do art. 111, III, do Código Penal (...) levando em conta a natureza do delito de sequestro que se protraí no tempo e se prolonga até hoje, somente cessando quando a vítima for libertada (...) não se aplicando, pois, aqui, as disposições da chamada Lei de Anistia, concedida àqueles que no período de 02/05/191 a 15/08/197

⁹<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2012/mpf-denuncia-mais-um-militar-por-sequestro-durante-a-guerrilha-do-araguaia/>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



*perpetraram crimes políticos ou conexos a estes. (...)
 Consigno, outrossim, que a Lei nº 9.140, de 04/12/1995, não
 serve de empeco para a presente ação penal (...)*”.

Dessarte, ao não receber a denúncia, o acórdão recorrido contrariou os dispositivos previstos nos arts. 41 e 395 do CPP, como demonstrado, abreviando a jurisdição penal e resultando em um verdadeiro cerceamento da atividade acusatória, haja vista que sequer foi dado início à demanda penal.

Dessa forma, resta demonstrado o equívoco do acórdão proferido pela Primeira Turma do TRF da 2ª Região, merecendo ser reformada a referida decisão, nos termos da argumentação acima exposta, em consonância com os arts. 41 e 395 do CPP.

V

Da negativa de vigência ao artigo 148, § 2º, do Código Penal

Dispõe o art. 148, §2º, do Código Penal:

“Sequestro e cárcere privado

Art. 148- Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena - reclusão, de um a três anos.

(...) § 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Pena - reclusão, de dois a oito anos.”

Como é sabido, o crime de sequestro, tipificado no art. 148 do Código Penal, é delito de natureza permanente, haja vista que sua consumação se protraí no tempo durante todo o período de duração da privação ilegal da liberdade da vítima.

Conforme consta do acordão de fls. 271/272, o conjunto probatório coligido aos autos não deixa dúvidas de que Mário Alves foi capturado por agentes do Estado na noite de 16 de janeiro de 1970 e levado para as dependências do DOI-CODI situado no 1º Batalhão de Polícia do Exército - Rua Barão de Mesquita, nº 425, Tijuca, Rio de Janeiro. As barbáries cometidas contra a vítima foram atestadas por presos políticos que estavam naquele mesmo dia, na cela ao lado da de Mário.

Com efeito, da análise dos autos, verifica-se que restou demonstrada de forma cabal a privação ilegal da liberdade da vítima a partir de 16 de janeiro de 1970, inicialmente no DOI-CODI no Rio de Janeiro (Batalhão de Polícia do Exército na Rua Barão de Mesquita), e posteriormente em lugar ignorado. O paradeiro da vítima, após janeiro de 1970, somente é conhecido pelos denunciados, os quais, desde a época do início da execução, mantêm pleno domínio do fato típico e antijurídico a eles imputado.

Não existe prova de que a vítima tenha sido morta ou posta em liberdade. Ao contrário, as testemunhas oculares viram Mario Alves preso



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



e vivo, falando (pedindo água), embora em precário estado de saúde, pouco antes de ter sido removido de sua cela no DOI-CODI/RJ para depois desaparecer. Nesse cenário, seriam descabidas tanto a imputação de homicídio consumado quanto a de crime de sequestro exaurido.

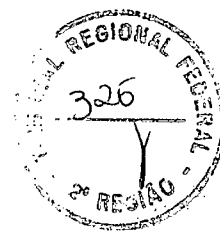
A 1ª Turma Especializada do TRF2, todavia, pressupôs que a vítima faleceu em decorrência da sessão de tortura realizada pelos denunciados, levando em consideração as circunstâncias narradas, o decurso de tempo e a inexistência de notícias sobre seu paradeiro desde então. Nesse sentido, afirmou que “ (...) *A alegação de que MÁRIO ALVES foi visto com vida no dia seguinte à sessão de tortura não é suficiente para comprovar que o sequestro esteja perdurando até os dias atuais, sobretudo porque os relatos convergem no sentido de que seu estado de saúde era calamitoso (...)*” (fls. 271).

Sendo assim, verifica-se que os julgadores entenderam cessada a permanência do crime de sequestro, em uma presunção absoluta de morte da vítima, sem quaisquer provas neste sentido nos autos, negando vigência ao art. 148, § 2º, do CP.

O entendimento exposto no acórdão recorrido não merece guarida. Como afirmou o Ministério Público Federal em suas razões do recurso em sentido estrito, a vítima continua, até a presente data, a ter sua liberdade cerceada, não existindo provas de sua morte nos autos. Ao revés, as provas que acompanharam a denúncia provam a sobrevivência de Mario Alves a tortura.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Nesse sentido, como já afirmado, as testemunhas oculares, que viram a prisão e a tortura da vítima, disseram com toda a certeza que conversaram com Mário Alves, que ele pediu água e estava vivo na última vez que foi visto, quando foi retirado da cela pelos sequestradores e torturadores. A prova que consta dos autos, então, não é de morte, mas de sobrevivência à tortura. Trata-se de prova direta de vida, e não de mero indício, muito menos “indício de morte”, como decidiu a 1ª Turma Especializada do TRF2 no acórdão recorrido.

As testemunhas Antonio Carlos Nunes de Carvalho, Raimundo José Barros Teixeira Mendes, José Carlos Brandão e Maria Dalva Leite de Castro de Bonet (fls.119-119v dos autos) foram uníssonas em afirmar que Mário, apesar de debilitado pela tortura, estava vivo, falando, e assim foi retirado da cela pelos denunciados.

Por sua vez, a testemunha Maria Dalva Leite de Castro foi peremptória em dizer que a referência à morte da vítima Mario Alves fora feita pelos próprios torturadores e com finalidade de intimidar os demais presos. Ao que tudo indica, este era um expediente dos próprios torturadores, um ardil que compunha o macabro leque de técnicas de tortura e interrogatório. Veja-se o seguinte trecho de seu depoimento:

“que quando estava no pau-de-arara, (...) diziam com um tom ameaçador para a depoente 'está na hora de você falar; a sua organização já foi toda destruída; o Apolônio está aqui, o Mário Alves, coitadinho, esse já foi; sabe o que nós fizemos



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



com ele? O que nós vamos fazer com você se você não falar, vamos colocar um cassetete no seu rabo e vamos ver se você aguenta, ele não aguentou'; que esta mensagem ou gravação se repetia, para que a depoente entrasse em pânico; que a partir dessa mensagem, soube que Mário Alves esteve no DOI-CODI naqueles dias."

Não pode o Estado rejeitar a pretensão criminal preponderantemente baseado numa referência ardilosa e criminoso que revelava uma técnica de tortura para impor temor a outros presos. De fato, inexistente prova de morte de Mario Alves nos autos. Ao contrário, da análise das provas constantes do processo, verifica-se a evidência direta de vida, de sobrevivência da vítima à tortura perpetrada por seus sequestradores.

No acórdão recorrido, verifica-se que a 1ª Turma Especializada do TRF2 pressupôs que a vítima tenha falecido em decorrência da sessão de tortura realizada, bem como em virtude do decurso do tempo transcorrido até então e da inexistência de notícias sobre seu paradeiro até o presente momento.

Ocorre que estes elementos são insuficientes para presunção absoluta de morte da vítima. Tal raciocínio, lastreado no longo espaço de tempo entre o crime e os dias atuais a fim de concluir pela presunção absoluta de morte e pela cessação da permanência do crime de sequestro (art. 148, § 2º, do CP), não se baseia nas provas constantes dos autos, mas apenas em regras de experiência comum, no sentido de que uma pessoa desaparecida certamente retornaria ao convívio dos seus, sendo inadmissível que alguém como Mário Alves não tivesse reaparecido.



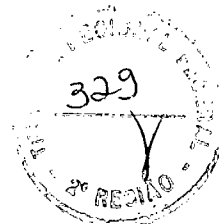
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Trata-se, portanto, de uma pressuposição não comprovada. Como bem destacou o Ministério Público Federal em suas razões de recurso em sentido estrito (fls. 134/171), embora incomuns, existem vários exemplos reais de pessoas sequestradas que permanecem em cativeiro décadas em poder dos sequestradores: *“(...) Nos últimos meses, só para citar os eventos mais recentes, vimos dois ou três casos, na Europa e nos Estados Unidos, de mulheres sequestradas e que permaneceram por décadas em poder dos criminosos, quando até suas famílias já acreditavam na sua morte. Tais pessoas frequentemente eram estupradas e tinham filhos com os próprios sequestradores. Não retornaram ao convívio dos seus familiares porque tinham medo, porque eram trancafiadas a sete chaves, e porque estavam receosas sobre o êxito das tentativas de fuga e sobre o que seria feito com seus filhos. Seria correto também nestes casos, à luz do tempo do desaparecimento, que o Estado as presumisse mortas? Também recentemente, num caso muito próximo ao ora examinado, um guerrilheiro uruguaio reapareceu depois de 40 anos (<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2013/05/24/ex-guerrilheiro-reaparece-apos-40-anos-e-causa-polemica-no-uruguai.htm>). Indagado por quê ficou tanto tempo sem retornar ao convívio dos familiares e amigos, disse que foi para proteger sua família. Estes e outros casos são sintomáticos em fornecer argumento simples, mas poderoso, para atacar a decisão ora combatida. É que o juízo empreendeu uma presunção de morte, sem qualquer prova, com base apenas na experiência comum de que seria improvável que um indivíduo desapareça por muito tempo sem retornar ou sem que dele se tenha notícia (...)*”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Os exemplos citados, acima colacionados, são ilustrativos em apontar que, por razões variadas, um indivíduo desaparecido e sequestrado pode não retornar ou reaparecer depois de muitos anos. Isso pode ser feito voluntariamente, por medo, por estar a pessoa acometida de algum distúrbio psiquiátrico (talvez até mesmo em razão das sevícias e do contexto de seu desaparecimento), ou por obra dos sequestradores, que permanente e continuamente dão seguimento à conduta delitiva, mantendo a vítima sob cárcere ilegal.

Dessarte, a conclusão a que chegaram os julgadores, quando aplicada numa decisão de rejeição da denúncia (isto é, sem que a questão seja submetida a pretensão à instrução probatória) desconsidera totalmente a possibilidade (que existe, claro), da vítima estar viva. E o faz somente porque seria improvável diante do tempo decorrido.

Nesse cenário, não se pode admitir que o mesmo Estado, que por seus agentes sequestrou e torturou a vítima, presuma, outra vez em seu prejuízo, a ocorrência do evento morte. Seria negar à vítima e à própria sociedade, através do direito penal, uma mínima proteção.

Dessarte, os julgadores transformaram uma regra de experiência comum numa presunção absoluta ou numa ficção, rompendo com a realidade por impedir qualquer prova a respeito da questão. De fato, as presunções absolutas violam o direito fundamental à prova, um relevante componente do contraditório contemporâneo.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Portanto, sob o argumento de existir “prova indiciária” de morte, o que se vê no acordão recorrido, em verdade, é que, contrariamente às provas diretas de sobrevivência à tortura, foi extraída uma conclusão pela morte a partir do decurso do tempo, operando uma presunção de morte que, por subtrair a pretensão do Ministério Público Federal da instrução probatória, revela-se uma presunção absoluta violadora da legislação penal e processual penal.

Em resumo, não é possível presumir a morte, em desfavor da vítima, quando os indícios são de sobrevivência à tortura. No mais, os restos mortais desta vítima nunca apareceram, o que torna descabida a certeza dos eminentes julgadores acerca da morte da vítima. E mais sem sentido é a precisão da afirmação de que a morte ocorreu antes de 1979.

O que se tem na exordial acusatória é a descrição de uma situação de captura da vítima, a qual, após tortura, foi retirada com vida da cela pelos indivíduos denunciados pelo Ministério Público Federal e levada para local incerto e não sabido, não se tendo qualquer notícia desde então com relação ao seu paradeiro.

Claramente, como se vê da denúncia e das provas trazidas aos autos, os fatos não foram interrompidos com a tortura de Mário Alves. O que se deu foi uma situação delitiva na qual capturou-se, torturou-se e, em sequência, privou-se a vítima de sua liberdade, mediante sequestro, e, por



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



óbvio, com grave sofrimento físico e moral para o desaparecido, bem como para seus familiares.

Neste passo, os fatos estão em efetiva consonância com o disposto no artigo 148, caput e seu parágrafo 2º, do Código Penal, a seguir transcrito:

Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado: (Vide Lei nº 10.446, de 2002)

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Com efeito, como apontado no item anterior, denúncias relativas a casos semelhantes, nos quais o Ministério Público Federal denunciou os acusados pela prática, em tese, do crime previsto no art. 148, § 2º, do CP, foram recebidas, demonstrando o desacerto do acórdão recorrido.

Nesse sentido, não é demais apontar que o Supremo Tribunal Federal, nas Extradicações de nº 974, 1150 e 1278, decidiu que o decurso do tempo não impede o reconhecimento do delito de sequestro e muito menos leva à conclusão de que a vítima foi assassinada, visto que “*embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [sequestro e desaparecimento forçado de presos políticos naquele Estado], as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



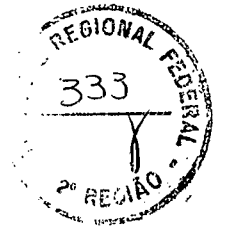
homicídio” (voto do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski na Extradução 974, citado na denúncia às fls. 29).

No mesmo sentido, o julgamento da Extradução nº 1.150, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgada em 19/05/2011:

“EMENTA: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELA JUSTIÇA ARGENTINA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. EXTRADITANDO INVESTIGADO PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PELA TRAIÇÃO (“HOMICÍDIO AGRAVADO POR ALEIVOSIA E POR EL NUMERO DE PARTICIPES”) E SEQÜESTRO QUALIFICADO (“DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS”): DUPLA TIPICIDADE ATENDIDA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE HOMICÍDIO PELA PRESCRIÇÃO: PROCEDÊNCIA. CRIME PERMANENTE DE SEQÜESTRO QUALIFICADO: INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO, CRIME MILITAR OU POLÍTICO, TRIBUNAL DE EXCEÇÃO E EVENTUAL INDULTO: IMPROCEDÊNCIA. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. O pedido formulado pela República da Argentina atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de Extradução específico. 2. Ressalvada a categórica prescrição dos crimes de homicídio descritos no presente pedido de extraditção, o Estado Requerente dispõe de competência jurisdicional para processar e julgar os demais crimes imputados ao Extraditando, que teria sido autor de atos que supostamente configuram o tipo penal de “desaparecimento forçado de pessoas”, estando o caso em perfeita consonância



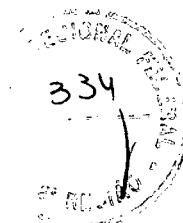
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



*com o disposto no art. 78, inc. I, da Lei n. 6.815/80 e com o princípio de direito penal internacional da territorialidade da lei penal. 3. Inexistência de irregularidades formais. 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. 5. Art. 77, inc. VI, da Lei n. 6.815/80: ocorrência de prescrição da pena referente aos crimes de homicídio qualificado, sob a análise da legislação brasileira. 6. **Crime de seqüestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Precedentes.** 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns. 8. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente assinalado que, na ação de extradição, não se confere ao Supremo Tribunal competência para indagar sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou sobre o contexto probatório em que a postulação extradicional apóia-se. Precedentes. 9. Extraditando que não será julgado por tribunal de exceção, notadamente porque o objetivo do presente pedido extradicional é o processamento e julgamento do Extraditando pelo Poder Judiciário argentino, plenamente capaz de assegurar aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo e regular. 10. Extraditando não indultado. 11. Extradição parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “seqüestro qualificado”, ressalvado que, na eventual hipótese de condenação do Extraditando pelo desaparecimento ou seqüestro de FERNANDO GABRIEL PIEROLA, JULIO ANDRES PEREIRA,*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



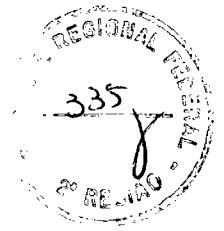
ROBERTO HORACIO YEDRO e REYNALDO AMALIO ZAPATA SOÑEZ, não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; devendo ser efetuada a detração do tempo de prisão, ao qual foi submetido no Brasil, em razão desse pedido, nem podendo lhe ser aplicada a pena de prisão perpétua.”(Ext 1150, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2011, DJe-116 DIVULG 16-06-2011 PUBLIC 17-06-2011 EMENT VOL-02546-01 PP-00001) (grifo nosso)

Cabe também mencionar a Extradicação 1278, na qual a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal deferiu, em setembro de 2012, o pedido do governo da Argentina para extraditar Cláudio Vallejos, acusado de tortura, homicídio, sequestro qualificado e desaparecimento forçado de pessoas durante a ditadura militar naquele país. Os crimes foram cometidos entre 1976 e 1983, época em que Vallejos era militar do Exército argentino e atuava na Escola de Mecânica da Armada Argentina (ESMA), conhecido centro clandestino de detenção durante a ditadura.

Nessa decisão, o relator, Ministro Gilmar Mendes, ao analisar o argumento de prescrição levantado pela defesa, destacou que *“embora o Brasil não tenha ratificado as convenções que tratam da imprescritibilidade, dada a natureza permanente do crime de sequestro, o prazo de prescrição somente começa a fluir a partir da cessação da permanência do crime”*. Nesse sentido, o ministro citou jurisprudência do STF segundo a qual *“nos delitos de sequestro, quando os corpos não forem encontrados, em que pese o fato de o crime ter sido cometido há*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



*décadas, na verdade está-se diante de um delito de caráter permanente, com relação ao qual não há como assentar-se a prescrição”.*¹⁰

O Ministério Público Federal, nas razões do recurso em sentido estrito, acerca do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas extradições acima referidas, aduziu que:

“ (...) o STF disse que na extradição, ainda que sem aprofundamento do mérito, permite-se à corte “examinar, nos termos do ordenamento positivo nacional e dos tratados bilaterais específicos eventualmente existentes, os pressupostos e as condições necessárias ao atendimento da postulação extradicional”. (STF – Pleno – Ext n.545 PT , Rel.Min. Marco Aurélio, DJ 13-02-1998). E ainda afirmou a Corte Suprema que “é possível a essa Corte examinar aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, quais sejam: a) à ocorrência de prescrição penal, b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro” (STF - Ext n.1165, Rel.Min.Cezar Peluso, DJe-231 09/12/2009). Ora, a tarefa do STF, nos precedentes citados na denúncia, é exatamente idêntica à do juízo recorrido; sua cognição, no que tange à tipificação, é absolutamente a mesma.

Assim como o STF, em extradição, não deve entrar no mérito aprofundadamente, também não deve fazê-lo o juiz de primeira instância no exame de recebimento da denúncia. Note-se que, tanto quanto na extradição, a justa causa, apesar de ser um juízo de admissibilidade, é sempre também um exame casuístico, em concreto, com análise superficial dos fatos em disputa, como confirma a leitura das lições da Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura.¹¹ (...) É evidente a incorreção da decisão ora recorrida. Cabe lembrar, por ser de suma relevância, que o

¹⁰Materia veiculada no sitio do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=218387>, acesso em 27 de janeiro de 2014. Essa extradição foi deferida em no segundo semestre de 2012, mas como Cláudio Vallejos responde a processo penal no Brasil por estelionato, a execução da extradição só poderá ocorrer após a conclusão do processo e do cumprimento da pena.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



STF, em três casos, operou a mesma tipificação do MPF rejeitada pelo juízo.

O tema foi aprofundado na denúncia e na cota que a acompanhou, às quais remetemos este douto Tribunal Regional Federal. De fato, no julgamento das extradições nº 974, 1150 e 1278, todas requeridas pela República Argentina para a entrega de militares denunciados de crimes de sequestro de dissidentes políticos, a Corte Suprema brasileira deferiu o pedido para determinar a extradição ao Estado requerente. Na Extradição nº 974, o relator, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que: “embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [sequestro e desaparecimento forçado de presos políticos naquele Estado], as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio”. No mesmo julgado, o Ministro Cezar Peluso ainda foi mais específico, ao asseverar que, em caso de “desaparecimento” de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do crime de sequestro pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”: “Para que exsurja considerável presunção legal de morte, não basta o mero juízo de extrema probabilidade da morte de quem estava em perigo de vida (art. 7º, inc. I, do Código Civil), havendo mister a existência de sentença que, depois de esgotadas as buscas e averiguações, produzidas em procedimento de justificação judicial, fixe a data provável do falecimento” (...) Em outras palavras, essa norma não incide na espécie, simplesmente porque se lhe não reuniram os elementos de seu suporte fático (fatispecie concreta), donde a ideia de homicídios não passa, ainda no plano jurídico, de mera especulação, incapaz de desencadear fluência do prazo prescricional. E incapaz de desencadear ainda por outro motivo de não menor peso. É que, à falta de sentença que, como predica o art. 7º, parágrafo único, do Código Civil, deve fixar a data provável do falecimento, bem como na carência absoluta de qualquer outro dado ou prova a respeito, não se saberia quando entraram os prazos de prescrição da pretensão punitiva de cada uma das mortes imaginadas ou de

¹¹MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *Justa causa para a ação penal*. São Paulo: RT, 2001, p.219, 223.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



todas, que poderiam dar-se, como sói acontecer, em datas diversas, salva cerebrina hipótese de execução coletiva! E, tirando o que nasce de fabulações, de modo algum se poderia sustentar, com razoável pretensão de consistência, hajam falecido todas as pessoas que, segundo a denúncia, teriam sido sequestradas, e, muito menos, assentar-lhes as datas prováveis de cada óbito". Na Extradicação nº 1.150 (STF – Pleno – Rel. Min. Carmen Lúcia, j.19.05.2011), por sua vez, o STF não apenas tipificou o “desaparecimento forçado” de militantes políticos argentinos como “sequestro qualificado”, como também afirmou que a natureza permanente e atual do delito afasta a regra da prescrição.¹² Igual entendimento foi aplicado em recentíssimo julgado, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, nos autos da Extradicação nº 1.278 (STF – 2ª Turma – Rel.Min. Gilmar Mendes, j. 17.09.12). Desse modo, vê-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, em três casos idênticos ao dos presentes autos, deferiu a extradicação de agentes denunciados pelo Estado argentino de terem participado de sequestros iniciados há mais de três décadas, justamente sob o argumento de que, enquanto não se souber o paradeiro das vítimas, remanesce a privação ilegal da liberdade e perdura o crime permanente imputado aos extraditados, sob a figura típica do sequestro qualificado.¹³

Ressalte-se que o julgamento das Extradicações nº 1150 e 1278 é posterior à decisão da ADPF nº 153, o que evidencia a manutenção do entendimento adotado na Extradicação nº 974

¹² Neste julgamento, lê-se a ementa: “Extradicação Instrutória. Prisão Preventiva Decretada pela Justiça Argentina. Tratado Específico. Requisitos Atendidos. **Extraditando Investigado pelos Crimes de Homicídio Qualificado pela Traição** (‘Homicídio Agravado por Alevisosia e por el Numero de Participes’) e **Sequestro Qualificado (‘Desaparición Forzada de Personas’)**. Dupla Tipicidade Atendida. Extinção da Punibilidade dos Crimes de Homicídio pela Prescrição. Procedência. **Crime Permanente de Sequestro Qualificado. Inexistência de Prescrição.** Alegações de Ausência de Documentação. Crime Militar ou Político, Tribunal de Exceção e Eventual Indulto: Improcedência. Extradicação Parcialmente Deferida. (...) 4. Requisito da dupla tipicidade, previsto no art. 77, inc. II, da Lei n. 6.815/1980 satisfeito: fato delituoso imputado ao Extraditando correspondente, no Brasil, ao crime de sequestro qualificado, previsto no art. 148, § 1º, inc. III, do Código Penal. (...) 6. Crime de sequestro qualificado: de natureza permanente, prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do sequestro. Precedentes. 7. Extraditando processado por fatos que não constituem crimes políticos e militares, mas comuns. (...) 11. Extradicação parcialmente deferida pelos crimes de “desaparecimento forçado de pessoas”, considerada a dupla tipicidade do crime de “sequestro qualificado” (STF – Pleno - Extradicação nº 1150 – Relatora Ministra Carmen Lúcia – j. 19.05.2011).

¹³ Nessa mesma linha, em caso envolvendo exatamente o sequestro de pessoas durante o período do regime militar, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF (voto nº 1935/2011), no bojo do procedimento n. 1.00.000.007053/2010-86, consignou que “sequestros de pessoas não encontradas, vivas ou mortas, são crimes permanentes, não prescritos e passíveis de apuração”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



mesmo após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que questionava a lei da anistia.(...)"

Sendo assim, o acórdão que presume de forma absoluta a morte da vítima e a cessação da permanência do crime previsto no referido artigo, concluindo pela impossibilidade da adequação da conduta dos denunciados ao delito de sequestro, nega vigência ao art. 148, §2º, do CP, devendo, portanto, ser reformado.

VI

Da negativa de vigência aos arts. 1º e 12 da Lei 9.140/95

Dispõem os arts. 1º e 12 da Lei 9.140/95:

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

"Art. 12. No caso de localização, com vida, de pessoa desaparecida, ou de existência de provas contrárias às apresentadas, serão revogados os respectivos atos decorrentes da aplicação desta Lei, não cabendo ação"



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



regressiva para o ressarcimento do pagamento já efetuado, salvo na hipótese de comprovada má-fé” (grifo nosso).

No acórdão recorrido, a Primeira Turma o TRF2 aduziu que “(...) em que pese a independência entre as instâncias, não posso deixar de mencionar a brilhante sentença prolatada em outubro 1981 pela então Juíza Federal Tania Heine, que condenou a União ao pagamento de indenização pelo desaparecimento de Mário Alves. Na ocasião, a magistrada presumiu, também pelas circunstâncias fáticas aqui colocadas, que MÁRIO estava morto (fls. 361/397, Apenso II). Quanto à Lei nº 9.140/95, perfilho do entendimento de que o referido texto normativo institucionalizou fato notório que a história já havia revelado e que a expressão “para todos os efeitos legais” contida em seu art. 1º não pode deixar de abranger a esfera criminal, mormente porque não há qualquer dispositivo restringindo seu campo de incidência.”

Em seu voto, às fls. 238, o Exmo Desembargador Relator asseverou que “(...) Não se infirma aqui a relatividade da presunção prevista no art. 12 do citado texto normativo. O que se coloca é que essa presunção, nas hipóteses de persecução penal, deve ser afastada pelo Ministério Público quando do oferecimento da denúncia, isto é, ao Ministério Público cabe colacionar os indícios de que as vítimas desaparecidas naquele período estejam vivas”.

Não merece ser mantido o entendimento exposto no acórdão recorrido.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Primeiramente, é cediço que as esferas penal e cível são independentes, e a sentença prolatada pela então Juíza Federal Tania Heine, referida no voto do Exmo. Desembargador Relator, não tem o condão de influenciar a esfera criminal.

Ademais, ao contrário do exposto pelo Exmo. Desembargador Relator em seu voto, na verdade, a sentença cível proferida pela então Juíza Federal, Dra. Tânia Heine, não produziu nenhuma declaração de ausência ou morte presumida. Naquele caso, como narrado pelo próprio MPF na denúncia, foi ajuizada uma ação indenizatória na qual a causa de pedir era a tortura e o desaparecimento da vítima. A magistrada federal, ao final, concedeu a indenização, mas não houve qualquer declaração a respeito do evento morte, até porque inexistia pedido a este respeito.

A prognose sobre o falecimento, e se a morte era possível ou provável, sequer foi objeto do processo e foi referida apenas na fundamentação. Sendo assim, a questão foi conhecida *incidenter tantum*, mas não decidida, não havendo produção de coisa julgada.

Portanto, ao contrário do que se depreende da argumentação desenvolvida no voto do Desembargador Relator, não é possível escorar-se na argumentação incidental da sentença cível a fim de sustentar que o crime cometido foi o de homicídio, já que aquela decisão não teve como objeto qualquer pedido declaratório, tampouco fixou qualquer data para a morte presumida.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



A própria Lei 9.140/95, em seu art. 12, admite o reaparecimento da vítima e a produção de prova que leve à conclusão contrária à da morte. Sendo assim, verifica-se que a própria lei admite que as vítimas possam estar vivas e, neste caso, não deve ser aplicado o art. 1º da Lei 9.140/95.

Ora, como já demonstrado no item V desta peça (da negativa de vigência ao art. 148, § 2º, do Código Penal), inexistem nos autos provas da morte de Mario Alves.

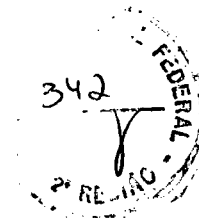
Ao contrário, como visto, todos os elementos coligidos aos autos apontam para sua sobrevivência e para a permanência do crime de sequestro, já que até hoje não se tem notícia da morte nem muito menos foram encontrados os restos mortais da vítima.

Por isso, o argumento apresentado na denúncia é perfeitamente possível e legítimo, tendo sido expressamente considerado na lei mencionada. O processamento penal permitirá seja provado se essas pessoas estão vivas ou mortas e, nessa última situação, **como e quando** isso realmente ocorreu.

A dúvida sobre o destino das vítimas e sua sobrevivência após o sequestro e o cárcere privado está baseado no fato de que não foram encontrados vestígios que atestem que (sobre)viveram, nem tampouco foram localizados os seus restos mortais, não sendo possível afirmar,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



categoricamente, que os fatos se passaram precisamente nos termos da versão oficial.

Não se pode esquecer que o crime denunciado foi praticado num contexto histórico específico, em que vigia no Brasil uma ditadura. É igualmente importante destacar que a presunção de morte dessas pessoas sequestradas foi declarada após o retorno à democracia, em lei de cunho reparatório, destinada às famílias de perseguidos políticos que tinham paradeiro incerto desde o regime de exceção. Eram os “Desaparecidos Políticos” que, com os Mortos (devolvidos à sua família e sepultados) davam nome à Lei nº 9.140/95.

A exposição dos motivos que orientaram a edição do diploma é cristalina em restringi-los a efeitos de índole reparatória da lacuna gerada aos direitos fundamentais de titularidade de vítimas e familiares, em função da atuação dos agentes estatais.

Além disso, resta claro que essa lei não encerra certeza quanto ao óbito das vítimas. Ao contrário, atrela a declaração do artigo 1º à obtenção do assentamento do óbito, que não se dá *ex officio*, mas mediante requerimento dos familiares.

A exposição de motivos elaborada pelo Ministério da Justiça, da Fazenda e do Planejamento (EM 352, de 28.08.1995) e encaminhada à Presidência da República, contém a seguinte essa explicação:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



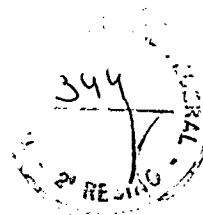
“Embora, nesse campo, nada comporte certeza sólida, a lista arrola 136 pessoas que foram detidas por agentes, ao que tudo indica, pertencentes aos vários braços do que se chamou sistema de segurança do regime de exceção que o Brasil viveu, e, a partir daí, delas nunca mais se teve qualquer notícia. Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram. Tal circunstância serve de embasamento ético-jurídico para o Estado, como entidade perene e acima da temporalidade dos governos ou regimes, responsabilizar-se pelo dano causado e procurar reparar o procedimento condenável de seus agentes independentemente da motivação que tenha determinado suas condutas. Objetivamente os representantes do Estado ou investidos de seus poderes não poderiam ter o comportamento materializado por atos e ações que afrontaram leis, mesmo as de exceção, então vigentes. [...]

A declaração de morte do anexo do art. 1º, materializar-se-á pelo assentamento de óbito, se essa for a vontade dos familiares, pois nesse Projeto de Lei, salvo a declaração do art. 1º, nada é compulsório ou ex-officio, pois, todas as possibilidades, nela contidas, dependem que os familiares, por vontade própria, decidam obtê-las.

Assim, o familiar, com legitimidade para isso, requererá ao oficial do Registro Civil o assentamento de morte.”



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Assim, se a materialização necessária à aplicabilidade da declaração legal de óbito não se verificou neste caso, não podem os acusados se valerem de tal previsão legal, ainda mais para fins de impedir a apuração de responsabilidade penal pelo sequestro da vítima.

A mencionada lei não tem o condão de afastar a exigência do comando do artigo 158 do Código de Processo Penal, que impõe, no âmbito penal, a produção de prova da materialidade da infração que deixar vestígios, como seria o sequestro de Mário Alves.

Aliás, se durante a instrução probatória houver a devida comprovação da morte da vítima, o Ministério Público Federal poderá, nos termos do artigo 384 do Código de Processo Penal, aditar a denúncia, readequando-a ao tipo do homicídio, em concurso ou não com o sequestro, seguido da ocultação do cadáver.

Portanto, não se mostra adequado inibir a persecução penal, pautada pelo princípio da busca pela verdade real, por uma presunção legal que comporta prova em contrário, conforme expressa previsão do artigo 3º, parágrafo único, da Lei comentada.

Especificamente quanto ao caso em apreço, a vítima está, atualmente, desaparecida e, de seu presumido óbito, não se tem, concreta e seguramente, angariado nada a respeito (circunstâncias, local de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



sepultamento, cadáver, ou mesmo restos mortais), não obstante a pesquisa e a investigação promovidas para a sua apuração.

Diante disso e, em face da existência de elementos indicativos do sequestro e da ausência de notícias da vítima desde então, meras conjecturas sobre a possibilidade de estar a vítima morta, seja em virtude da sua idade, seja pela estabilidade institucional alcançada no país, não são capazes de afastar, *prima facie*, o dever estatal de persecução penal. Nesse sentido, vale citar Eugênio Pacelli de Oliveira:

*“Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante do fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade.”*¹⁴

Logo, analisando-se a tipificação legal do comportamento imputado ao paciente, a ausência de prova da morte torna o sequestrado vivo, vítima de restrição injusta da liberdade, tal qual sustentado na denúncia, fato cujas circunstâncias (lugar e duração do cárcere/cessação da permanência, etc.) até então não totalmente esclarecidas, poderão vir a sê-lo na instrução penal.

¹⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 121.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Portanto, a responsabilização pelo crime de sequestro e a reparação às famílias, por meio da declaração ficta de morte dos sequestrados prevista na Lei de Mortos e Desaparecidos (1995), são abordagens diferentes, complementares e necessárias, todas esperadas no pacote de respostas de um Estado democrático após o fim de um regime de exceção.

O silêncio legal sobre a responsabilidade penal dos agentes pelos desaparecimentos e mortes integrou esse contexto histórico de retorno à democracia. Mas tal silêncio não importa em impunidade. Portanto, não tem cabimento impedir o prosseguimento da ação penal tomando por base a ficção legal – prevista na Lei de Mortos e Desaparecidos - que visava exatamente a reparação de familiares de mortos e desaparecidos.

Neste passo, se existem elementos que apontam que a vítima permanece viva, o acórdão recorrido incorreu em equívoco, ao interpretar de forma errônea os arts. 1º e 12 da Lei 9.140/95, deixando de aplicar, por conseguinte, o art. 12 do referido diploma legal, negando-lhe vigência. Merece, portanto, ser a referida decisão reformada por este Egrégio Tribunal Superior.

VII

Da contrariedade à Lei nº 6683/79 (Lei de Anistia)

Dispõe o art. 1º da Lei nº 6683/79 que:



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.”
(grifo nosso)

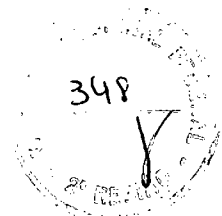
No acórdão recorrido, a Primeira Turma do TRF2 entendeu que *“A Lei da Anistia (Lei nº 6.683/79) tem plena aplicabilidade no caso concreto, já que os indícios dão conta de que o homicídio se consumou muito antes de 15/08/1979, termo final para alcance dos fatos anistiados, sendo certo que a constitucionalidade do aludido diploma foi reconhecida pelo STF por ocasião do julgamento da ADPF nº 153 (...)”*.

A anistia “é lei penal de efeito retroativo, constituindo verdadeira revogação parcial da lei anterior”, “apagando o crime, extinguindo a punibilidade e demais consequências de natureza penal”¹⁵. Embora não afaste a norma incriminadora, configura renúncia ao *jus puniendi* estatal quanto a fatos que nela se enquadram. Portanto, envolve perdão e remete ao passado.

¹⁵ JESUS, Damásio de. **Direito penal. Parte geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 735/737.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Entretanto, o caso em pauta não pode ser abrangido pela anistia concedida pela Lei 6.683/79, já que a conduta ilícita imputada aos acusados constitui crime permanente¹⁶ cuja execução ainda não cessou. Como já explicitado, não existem indícios de Mario Alves está morto e muito menos que esta morte se consumou “muito antes” de 15/08/1979.

Aliás, a decisão, para presumir a morte de uma vítima da ditadura, faz remissão exatamente a lapso temporal previsto em lei promulgada no regime autoritário (1979), quando a ficção legal da morte dos desaparecidos políticos só veio em 1995. Nesse sentido, sobre a “inação” - dos Poderes e da sociedade- diante de um regime de exceção, vale destacar a manifestação do Procurador-geral da República, Rodrigo Janot, em outubro de 2013, num caso de pedido de extradição do governo argentino, no qual foi favorável à prisão preventiva para fins de extradição do argentino Manuel Alfredo Montenegro, acusado de crimes de privação ilegítima de liberdade e tortura durante a ditadura militar na Argentina, entre os anos de 1972 e 1977. No parecer, o Exmo Procurador-geral da República ressaltou que:

“Na persecução de crimes contra a humanidade, em especial no contexto da passagem de um regime autoritário para a democracia constitucional, carece de sentido invocar o fundamento jurídico geral da

¹⁶ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 750.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



prescrição”(...). “Nos regimes autoritários, os que querem o socorro do direito contra os crimes praticados pelos agentes respectivos não deixam de obtê-lo porque estão dormindo, e sim porque estão de olhos fechados, muitas vezes vendados; não deixam de obtê-lo porque estão em repouso, e sim porque estão paralisados, muitas vezes manietados.”

Ainda que se entenda pela prevalência da abstrata presunção de morte da vítima, certo é que esta se deu no ano de 1995, com a promulgação da já comentada Lei de Mortos e Desaparecidos Políticos, quando já vigorava a previsão de imprescritibilidade contida no artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição da República. E, a essa previsão constitucional soma-se o fato de que, desde o início da execução do sequestro em pauta, já estávamos diante de crime imprescritível, pois qualificado como crime contra a humanidade.

O princípio da imprescritibilidade das medidas de responsabilização dos autores de crimes contra a humanidade compreende **costume internacional** desde a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (OEA, abril de 1948) e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, dezembro de 1948), das quais o Brasil é signatário. A imprescritibilidade foi afirmada pela Assembleia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, todos documentos jurídicos anteriores à ocorrência dos crimes descritos na exordial.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Como afirmado no item V das presentes razões recursais (Da negativa de vigência ao artigo 148, § 2º, do Código Penal), a vítima continua, até a presente data, a ter sua liberdade cerceada, não existindo provas de sua morte nos autos. Ao revés, as provas que acompanharam a denúncia comprovam a sobrevivência de Mario Alves a tortura.

Nesse sentido, as testemunhas oculares, que viram a prisão e a tortura da vítima, disseram com toda a certeza que conversaram com Mário Alves, que ele pediu água e estava vivo na última vez que foi visto, quando foi retirado da cela pelos sequestradores e torturadores. A prova que consta dos autos, assim, não é de morte, muito menos de morte “*muito antes de 15/08/1979*”, mas de sobrevivência à tortura. Trata-se de prova direta de **vida**, e não de “indício de morte”, como decidiu a 1ª Turma Especializada do TRF2 no acórdão recorrido.

Como já afirmado, não é possível presumir a morte, em desfavor da vítima, quando os indícios são de sobrevivência à tortura e os restos mortais da vítima nunca foram encontrados e entregues à família.

O que se tem na exordial acusatória é a descrição de uma situação de captura da vítima, a qual, após tortura, foi retirada com vida da cela pelos indivíduos denunciados pelo Ministério Público Federal e levada para local incerto e não sabido, não se tendo qualquer notícia desde então com relação ao seu paradeiro, não se podendo presumir sua morte de forma absoluta, muito menos estimar a data em que esta tenha ocorrido.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA DA 2ª REGIÃO



Neste passo, tendo em vista que o crime de sequestro se trata de delito permanente, resta claro que não se pode aplicar a lei de anistia ao presente caso.

Sendo assim, o acórdão proferido contrariou o art. 1º da Lei 6683/79, ao aplicá-lo de forma indevida ao presente caso concreto, presumindo, de forma absoluta, a morte de Mário Alves antes de 15/08/1979, de forma contrária às provas coligidas aos autos.

VIII
Do requerimento

Ante o exposto, pede e espera o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** que esse Tribunal conheça do recurso e lhe dê provimento.

Rio de Janeiro, 04 de fevereiro de 2014.


Marcia Morgado Miranda
Procuradora Regional da República