

10ª Vara Federal Criminal de São Paulo – 1ª Subseção Judiciária (SP)

Representação criminal – autos nº 0004204-32.2012.403.6181

Ref.: Sentença tipo “D”

Vistos em sentença.

Trata-se de denúncia oferecida em face de CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA, brasileiro, militar reformado, RG [REDACTED] e DIRCEU GRAVINA, brasileiro, delegado de Polícia Civil do Estado de São Paulo, RG [REDACTED]

Afirma a inicial que: *“desde o dia 06 de maio de 1971 até a presente data, nesta cidade e subseção judiciária, os denunciados (...), em contexto de ataque estatal generalizado e sistemático contra a população civil – com pleno conhecimento das circunstâncias deste ataque -, previamente ajustados e mediante unidade de desígnios entre si e com outros agentes estatais ainda não identificados, privam ilegalmente a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira de sua liberdade, mediante seqüestro”*. Ainda de acordo com a denúncia, a vítima, *“em razão da natureza ilícita da detenção e dos maus-tratos provocados pelo denunciado Dirceu Gravina, sob o comando e aquiescência do denunciado Carlos Alberto Brilhante Ustra, padeceu de gravíssimo sofrimento físico e moral”*. Assim, imputa aos denunciados a prática do crime de seqüestro qualificado (CP, art. 148, § 2º) associado a diversas circunstâncias agravantes.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



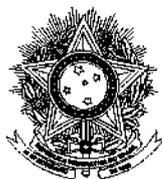
No entender do Ministério Público Federal, “*as provas constantes dos autos comprovam de forma cabal a privação ilegal da liberdade de Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, mas não a sua morte. A mera possibilidade de que a vítima tenha sido executada ou, em razão do tempo decorrido, esteja morta por outros motivos, não afasta a tipificação dos fatos como crime de seqüestro qualificado*”.

Sustenta que o reconhecimento da eventual morte presumida dependeria de sentença judicial que fixasse a data provável do falecimento, o que não ocorreu. Aponta o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das extradições n.ºs 974 e 1150, tendo a Corte em ambos os casos deferido o pedido para determinar a devolução dos agentes acusados de seqüestro. Destaca que, “*na Extradicação 1150, o Ministro Ricardo Lewandowski asseverou que ‘embora tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando [seqüestro 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*”.

Anota que a Lei n.º 9.140/95, cujo texto reconheceu a morte de Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, foi editada com o simples propósito de possibilitar aos familiares dos desaparecidos políticos “*o recebimento de reparações pecuniárias e também a prática de atos de natureza civil, notadamente nas áreas de família e sucessões*”. Afirma que “*enquanto não houver absoluta certeza da morte, mediante a identificação de seus restos mortais ou por outro meio idôneo e hábil a determinar as circunstâncias desses eventos, descabe presumir tal fato*”.

Por fim, indica os indícios de autoria em relação aos denunciados.

Observo que antes da denúncia, em documento apartado, as seguintes questões foram suscitadas preliminarmente pelo *Parquet* Federal: *i)* natureza permanente e atual do crime de seqüestro; *ii)* ainda que fosse possível reconhecer a morte presumida da vítima com o advento da Lei, ou seja, em 1995, não teria se operado a prescrição, pois a conduta foi praticada por grupo armado, crime considerado imprescritível pelo art. 5º, XLIV, da Constituição Federal; *iii)* a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana e *iv)* o fato imputado aos denunciados é qualificado como



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



crime contra a humanidade, devendo, por esta razão, sobre ele incidir normas de direito internacional, notadamente as que tratam da imprescritibilidade e impossibilidade de concessão de anistia.

É o relatório do essencial. DECIDO.

As questões trazidas pelo Ministério Público Federal já foram objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF - nº 153/DF.

Concordemos ou não com o teor do julgamento, não há como refutar seu resultado: a Corte Máxima considerou a Lei nº 6.683, de 28.08.1979, a chamada Lei de Anistia, constitucional.

LEI N. 6.683/79, A CHAMADA "LEI DE ANISTIA". ARTIGO 5º, CAPUT, III E XXXIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL; PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO REPUBLICANO: NÃO VIOLAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS HISTÓRICAS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E TIRANIA DOS VALORES. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO NORMATIVO E NORMA JURÍDICA. CRIMES CONEXOS DEFINIDOS PELA LEI N. 6.683/79. CARÁTER BILATERAL DA ANISTIA, AMPLA E GERAL, JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA SUCESSÃO DAS FREQUENTES ANISTIAS CONCEDIDAS, NO BRASIL, DESDE A REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO E LEIS-MEDIDA. CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES E LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997, QUE DEFINE O CRIME DE TORTURA. ARTIGO 5º, XLIII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO E REVISÃO DA LEI DA ANISTIA. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1985, PODER CONSTITUINTE E "AUTO-ANISTIA". INTEGRAÇÃO DA ANISTIA DA LEI DE 1979 NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. ACESSO A DOCUMENTOS HISTÓRICOS COMO FORMA DE EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VERDADE.

Assentou, ainda, a referida decisão, que a anistia foi reafirmada pelo texto da Emenda Constitucional nº. 26 de 1985. Veja-se.

(...) 9. A anistia da lei de 1979 foi reafirmada, no texto da EC 26/85, pelo Poder Constituinte da Constituição de 1988. Daí não ter sentido questionar-se se a anistia, tal como definida pela lei, foi ou não recebida pela Constituição de 1988; a nova Constituição a [re]instaurou em seu ato originário. A Emenda Constitucional n.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

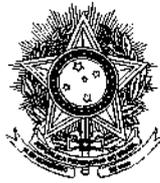


26/85 inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de 5 de outubro de 1988; consubstancia, nesse sentido, a revolução branca que a esta confere legitimidade. A reafirmação da anistia da lei de 1979 está integrada na nova ordem, compõe-se na origem da nova norma fundamental. De todo modo, se não tivermos o preceito da lei de 1979 como ab-rogado pela nova ordem constitucional, estará a coexistir com o § 1º do artigo 4º da EC 26/85, existirá a par dele [dicação do § 2º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil]. O debate a esse respeito seria, todavia, despiciendo. A uma por que foi mera lei-medida, dotada de efeitos concretos, já exauridos; é lei apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. A duas por que o texto de hierarquia constitucional prevalece sobre o infraconstitucional quando ambos coexistam. Afirmada a integração da anistia de 1979 na nova ordem constitucional, sua adequação à Constituição de 1988 resulta inquestionável. A nova ordem compreende não apenas o texto da Constituição nova, mas também a norma-origem. No bojo dessa totalidade – totalidade que o novo sistema normativo é - tem-se que "[é] concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos" praticados no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Não se pode divisar antinomia de qualquer grandeza entre o preceito veiculado pelo § 1º do artigo 4º da EC 26/85 e a Constituição de 1988. (...)

No que diz respeito ao confronto da Lei de Anistia com o art. 5º, XLIV, da Constituição Federal, transcrevo excerto do voto do Relator, Ministro Eros Grau, que analisa, embora com referência a outro inciso, a questão da compatibilidade da lei com normas editadas posteriormente:

Anoto a esta altura, parenteticamente, a circunstância de a Lei n. 6.683 preceder a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes - adotada pela Assembléia Geral em 10 de dezembro de 1984, vigorando desde 26 de junho de 1987 - e a Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997, que define o crime de tortura. E, mais, o fato de o preceito veiculado pelo artigo 5º, XLIII da Constituição - preceito que declara insuscetíveis de graça e anistia a prática da tortura, entre outros crimes - não alcançar, por impossibilidade lógica, anistias consumadas anteriormente a sua vigência. A Constituição não recebe, certamente, leis em sentido material, abstratas e gerais, mas não afeta, também certamente, leis-medida que a tenham precedido. Refiro-me ainda, neste passo, a texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada⁵, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Svensson Junior e Ulfrid Neumann:

"... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, 'o costume internacional não pode ser fonte de direito penal' sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas 'para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998'".

O julgado reconheceu que a anistia foi estendida aos crimes conexos praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção; “*dai o caráter bilateral da anistia, ampla e geral, que somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados - e com sentença transitada em julgado, qual o Supremo assentou - pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal*” (cf. ementa, item 4).

O Relator analisou cuidadosamente o ambiente político à época, bem como as implicações decorrentes da edição da Lei. Vale destacar o depoimento de Dalmo de Abreu Dallari, transcrito pelo Ministro Eros Grau em seu voto, e que bem demonstra os contornos da Lei e o seu alcance:

Leio trechos de depoimento de que sofreu Dalmo de Abreu Dallari, que sofreu - ele mesmo relata - prisão e seqüestro pela ousadia de não transigir e não calar, empenhado em localizar desaparecidos, salvar torturados, libertar patriotas vítimas de prisão arbitrária, pregando sempre a restauração democrática. Assim, diz ele, chegou-se à Lei da Anistia:

"Nós sabíamos que seria inevitável aceitar limitações e admitir que criminosos participantes do governo ou protegidos por ele escapassem da punição que mereciam por justiça, mas considerávamos conveniente aceitar essa distorção, pelo benefício que resultaria aos perseguidos e às suas famílias e pela perspectiva de que teríamos ao nosso lado companheiros de indiscutível vocação democrática e amadurecidos pela experiência. (...) A idéia inicial de anistia era muito genérica e resultou no lema 'anistia ampla, geral e irrestrita', mas logo se percebeu que seria necessária uma confrontação de propostas, pois os que ainda mantinham o comando político logo admitiram que seria impossível ignorar a proposta dos democratas, mas perceberam que uma superioridade de força lhes dava um poder de negociação e cuidaram de usar a idéia generosa de anistia para dizer que não seria justo beneficiar somente presos políticos e exilados, devendo-se dar garantia de impunidade àqueles que, segundo eles, movidos por objetivos patrióticos e para defender o Brasil do perigo comunista, tinham combatido a subversão, prendendo e torturando os inimigos do regime. Nasceu assim a proposta de 'anistia recíproca'. De início, procurou-se limitar a anistia aos perseguidos políticos, dizendo-se que não deveriam ser anistiados os



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



que tivessem cometido 'crimes de sangue', isso foi, afinal, sintetizado numa enumeração de crimes que não seriam anistiados, compreendendo, segundo a lei da anistia (Lei n. 6683, de 28 de agosto de 1979), os que tivessem sido condenados 'pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal'. Em sentido oposto, beneficiando os que abusando de uma função pública tivessem cometido crimes [...] (F)oram abrangidos os que tivessem cometido crimes políticos ou 'conexos' com esses. Assim, aquele que matou alguém numa sessão de tortura estaria anistiado porque seu principal objetivo era combater um adversário político. O homicídio seria apenas conexo de outro crime, a ação arbitrária por motivos políticos, que seria o principal. Assim se chegou à Lei da Anistia".

No que se refere ao efeito vinculante da sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund, impende ressaltar que, embora não tenha o Supremo Tribunal Federal enfrentado especificamente tal ponto, porque posterior ao julgamento da ADPF nº 153, não deixou de consignar que a Lei de Anistia não pode sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte de instrumentos normativos promulgados após a sua vigência. Transcrevo, nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

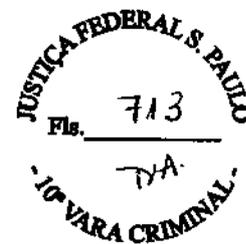
Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos - como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru ("Barrios Altos", em 2001, e "Loayza Tamayo", em 1998) e contra o Chile ("Almonacid Arellano e outros", em 2006) - proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas "leis de auto-anistia".

A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o seqüestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina.

É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



Com efeito, a Lei nº 6.683/79 - que traduz exemplo expressivo de anistia de "mão dupla" (ou de "dupla via"), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão - não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas. Como anteriormente ressaltado, não se registrou, no caso brasileiro, uma auto-concedida anistia, pois foram completamente diversas as circunstâncias históricas e políticas que presidiram, no Brasil, com o concurso efetivo e a participação ativa da sociedade civil e da Oposição militante, a discussão, a elaboração e a edição da Lei de Anistia, em contexto inteiramente distinto daquele vigente na Argentina, no Chile e no Uruguai, dentre outros regimes ditatoriais.

Há a considerar, ainda, o fato - que se revela constitucionalmente relevante - de que a Lei de Anistia foi editada em momento que precedeu tanto a adoção, pela Assembleia Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1984), quanto a promulgação, pelo Congresso Nacional, em 1997, da Lei nº 9.455, que definiu e tipificou, entre nós, o crime de tortura.

Essa anterioridade temporal impede que a Lei de Anistia, editada em 1979, venha a sofrer desconstituição (ou inibição eficaz) por parte desses instrumentos normativos, todos eles promulgados - insista-se - após a vigência daquele benéfico diploma legislativo.

Por todo o exposto, pode-se asseverar que os crimes praticados durante o período do regime militar foram anistiados. Não somente aqueles perpetrados pelos que combatiam o regime então vigente, mas também aqueles cometidos por aqueles que visavam a sua manutenção, como salientou o Ministro Celso de Mello:

Vê-se, portanto, que o Congresso Nacional tinha, em 1979, a faculdade de estender o benefício da anistia às infrações penais de direito comum, vale dizer, aos ilícitos não políticos, muito embora estejam pré-excluídos, hoje, do âmbito de incidência das leis concessivas de anistia, os crimes comuns a que se refere o inciso XLIII do art. 5º da vigente Constituição.

Isso significa que se revestiu de plena legitimidade jurídico-constitucional a opção legislativa do Congresso Nacional que, apoiando-se em razões políticas, culminou por abranger, com a outorga da anistia, não só os delitos políticos, mas, também, os crimes a estes conexos e, ainda, aqueles que, igualmente considerados conexos, estavam relacionados a atos de delinquência política ou cuja prática decorreu de motivação política.

Pois bem. O Ministério Público Federal busca com esta denúncia reabrir a questão, dando aos fatos nova qualificação jurídica. E o faz supostamente apoiado na



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifestada nos processos de Extradicação nºs 974 e 1150. Conquanto o crime de homicídio não possa mais ser punido, quer por estar prescrito quer por estar abrangido pela Lei de Anistia, o mesmo não ocorre em relação ao delito de seqüestro, sustenta o *Parquet*. Este delito tem natureza permanente e, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o prazo prescricional começa a fluir a partir da cessação da permanência e não da data do início do seqüestro. Aduz que há prova material apenas no que se refere ao delito de seqüestro, não havendo certeza quando à morte da vítima. Enquanto não houver absoluta certeza de sua morte, mediante identificação de seus restos mortais ou por outro meio idôneo e hábil a demonstrar as circunstâncias desses eventos, descabe presumir tal fato. Desta forma, como não é possível afirmar-se que a vítima esteja morta, conclui-se que está viva e mantida ilegalmente privada de sua liberdade sob o poder e responsabilidade dos dois denunciados.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da Extradicação nº 974, deferiu o pedido formulado pelo Estado da Argentina para permitir o envio de agente acusado do delito de seqüestro de menor. Considerou-se, no julgado, que o crime de seqüestro, ante a não comprovação da morte da vítima, ainda subsistiria, uma vez que a prescrição ainda não teria se operado em razão da natureza do delito (crime permanente):

EXTRADIÇÃO. ARGENTINA. TRATADO BILATERAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS FORMAIS. ADITAMENTO QUANTO AO CRIME DE SEQUESTRO DE MENOR. DUPLA TIPICIDADE. CONFIGURAÇÃO PARCIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PEDIDO EXTRADICIONAL PARCIALMENTE DEFERIDO.

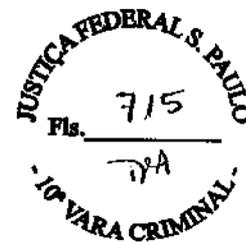
- I - O Decreto 1.003/89, expedido pelo Governo da Argentina, foi declarado inconstitucional pela Corte Suprema de Justicia de La Nación, em 25/7/2006, razão pela qual não se presta a afastar o exame das condutas supostamente cometidas pelo extraditando.
- II - Crime de seqüestro de menor que, em tese, subsiste.
- III - Delito que encontra correspondência no ordenamento jurídico pátrio.
- IV - Extradicação deferida em parte.

Observe, todavia, que no referido julgamento, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relator para o Acórdão, deixou patente que o pedido era, em tese, possível. Para que não parem dúvidas, transcrevo trecho de seu voto que inaugurou a dissidência:

No entanto, subsiste a questão do seqüestro. Este está previsto - tem dupla tipicidade - no Tratado que firmamos no âmbito do Mercosul. E todos nós sabemos, embora



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



tenham passado mais de trinta e oito anos do fato imputado ao extraditando, as vítimas até hoje não apareceram, nem tampouco os respectivos corpos, razão pela qual não se pode cogitar, por ora, de homicídio. Esses seqüestros podem, em tese, ainda subsistir. Portanto, estamos diante de um crime de caráter permanente.

Observe-se que o relator não entrou no mérito da questão, ou seja, se havia comprovação de que a vítima estava ou não viva, mas apenas admitiu que o pedido, repise-se, era, em tese, possível. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, registre-se, é contrária ao exame de mérito nos pedidos de extradição:

EXTRADIÇÃO PASSIVA - SISTEMA EXTRADICIONAL VIGENTE NO BRASIL - POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL LIMITADO - JUÍZO DE DELIBAÇÃO.

- O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro.

O modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva - vinculado, quanto à sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga - não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito (révision au fond) ou, ainda, à revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente.

O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame se torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando. Mesmo em tais hipóteses excepcionais, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro (EXT nº 669, Rei. Min. Celso de Mello, DJ de 29.03.1996).

A decisão, desta forma, não subtrai do juízo a obrigação de verificar, no caso concreto, se a tese ministerial é ou não plausível. E nesse ponto, entendo que o pedido do *Parquet* não encontra amparo na realidade fática.

A vítima foi levada às dependências do DOI-CODI no dia 6 de maio do ano de 1971. Conforme relato de testemunhas, no dia 13 de maio do mesmo ano foi transferida



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



para uma residência em Petrópolis, permanecendo no local até o dia 15 do mesmo mês. Em seguida, retornou para o DOI-CODI. São do mês de maio de 1971, portanto, as últimas notícias que temos dela.

Aluízio Palhano Pedreira Ferreira nasceu em 5 de setembro de 1922. Portanto, teria hoje cerca de noventa anos. A tese ministerial já mereceria descrédito apenas considerando-se a suposta idade atual da vítima em um país cuja expectativa de vida, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, é de aproximadamente setenta e três anos - idade que, com certeza, não atingiria caso ainda estivesse em cativeiro.

O regime militar, ademais, há muito se encerrou. Nesse passo, compartilho da perplexidade externada pelo Ministro Marco Aurélio no voto proferido na Extradução nº 974:

É sintomático que, tendo ocorrido o citado desaparecimento em 1976, passados trinta e dois anos, com mudanças substanciais de regime nos países que integrariam a Operação Condor, não haja notícia do local em que se encontre o cidadão argentino. Em síntese, presente o que relatado, presente o sentido vernacular do vocábulo desaparecimento - "ato de sumir, desaparecer" - não há como cogitar da dupla tipicidade relativamente ao disposto no Código Penal brasileiro sobre o seqüestro, a revelar a existência de crime permanente. Em outras palavras, a narração dos fatos não permite que se conclua pela simetria considerado o crime do artigo 148 do Código Penal brasileiro. Está-se diante de situação concreta diversa na qual a prática delituosa alcançou a própria vida da vítima.

Na hipótese dos autos, são decorridos mais de quarenta anos sem notícias da vítima. Há mais de trinta o país vive período de estabilidade institucional. E mais, há relato nos autos de que Aluízio teria sido morto sob tortura. Sob tais circunstâncias, é improvável que ainda esteja vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados.

O Ministério Público Federal argumenta que o Ministro Cezar Peluso teria afirmado, no mesmo julgamento, que, em caso de desaparecimento de pessoas seqüestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito seria apta a fazer cessar a permanência do crime de seqüestro, pois sem ela o homicídio não passaria de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional:

Em relação à prescrição, o problema que aventei, que cuido ter examinado à luz dos artigos 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a presunção, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma.

Impende ressaltar que a hipótese que estava em apreciação quando do julgamento da Extradicação nº 974 era diferente da que ora se apresenta, envolvendo sequestro de menores. Ademais, o voto do Ministro Cezar Peluso deve ser interpretado dentro de um contexto de razoabilidade e tendo em vista o caso concreto. No caso em apreço, teríamos que aceitar estar a vítima em cárcere há mais de quarenta anos e ainda viva, mesmo aos noventa anos de idade!

Esta discussão, todavia, é irrelevante, pois, não obstante não haja notícia de declaração judicial de morte presumida, há lei com tal teor. Com efeito, foi promulgada a Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979.

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. (Redação dada pela Lei nº 10.536, de 2002)

Art. 2º A aplicação das disposições desta Lei e todos os seus efeitos orientar-se-ão pelo princípio de reconciliação e de pacificação nacional, expresso na Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 - Lei de Anistia.

Art. 3º O cônjuge, o companheiro ou a companheira, descendente, ascendente, ou colateral até quarto grau, das pessoas nominadas na lista referida no art. 1º, comprovando essa condição, poderão requerer a oficial de registro civil das pessoas naturais de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, instruindo o pedido com original ou cópia da publicação desta Lei e de seus anexos.

Parágrafo único. Em caso de dúvida, será admitida justificação judicial.

Assim, de duas situações, uma terá ocorrido. Ou a vítima faleceu em 1971, situação mais provável, vez que dela não se teve mais notícias após esta data, hipótese que estaria albergada pela Lei de Anistia; ou, utilizando-se a tese ministerial, teria permanecido em cárcere até 4 de dezembro de 1995, data que foi sancionada a Lei nº



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



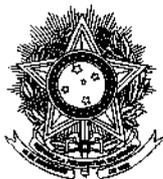
9.140, não se podendo falar na continuidade do delito a partir de então, em razão de ter sido reconhecida a sua morte.

Seja qual for o termo inicial considerado, o delito já está prescrito. Considerando-se o pior dos cenários, ou seja, ter perdurado o sequestro até o mês de dezembro de 1995, ainda assim teria ocorrido a prescrição, uma vez que a pena máxima do sequestro é de oito anos com lapso prescricional, em abstrato, de doze anos (CP, art. 148, § 2º e 109, III).

O *Parquet* afirma que a Lei nº 9.140/1995 foi editada com o simples objetivo de favorecer os familiares dos desaparecidos políticos e que seria impensável que o Estado pudesse decretar a morte de uma pessoa por intermédio de uma lei. Continua asseverando que nem mesmo para fins civis há uma presunção absoluta de óbito, tanto que seu art. 3º, parágrafo único, determina a justificação judicial em caso de dúvida.

Afirme-se, inicialmente, que, ao contrário do alegado pelo Ministério Público Federal, a Lei reconheceu a morte da vítima para **todos** os efeitos legais. Aliás, ela é textual nesse sentido. Tendo havido tal reconhecimento legal, seria totalmente desnecessário que os seus parentes ajuizassem demanda cível para tal mister. Tal ação, provavelmente, seria extinta sem resolução de mérito por falta de interesse de agir, afinal, para que postular algo que já se possui? Desta feita, evidentemente, a Lei nº 9.140 pode ser utilizada para reconhecer a morte da vítima, mesmo porque, do contrário, o delito poderia tornar-se imprescritível, haja vista a possibilidade de não se obter a sentença declaratória de ausência após a edição da citada lei.

A par de todos os argumentos já expostos, não se deve olvidar que o Código de Processo Penal dispõe, em seu art. 41, que *“a denúncia ou queixa conterá 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.”* Cabe, assim, ao Ministério Público Federal demonstrar na peça inaugural a presença dos elementos essenciais para o recebimento da denúncia. No presente caso, o *Parquet* não se desincumbiu de seu ônus, procurando transferi-lo para a defesa. Sob o argumento de que a declaração judicial de morte presumida é a única prova capaz de comprovar a morte da vítima conclui: *“Assim, até a edição de sentença judicial que, após esgotadas as buscas e averiguações, seja capaz de*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



precisar a data do eventual falecimento da vítima, remanesce Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, para fins penais, privado ilegalmente de sua liberdade” (fls. 635).

A afirmação é totalmente dissociada da realidade. A prevalecer o argumento do Ministério Público Federal, se tal declaração judicial de morte presumida não for obtida nos próximos cinquenta anos, por exemplo, deveremos concluir que a vítima terá permanecido viva e em cárcere durante todo o período, ou seja, que estaria viva e privada de sua liberdade aos cento e quarenta anos de idade.

Algumas considerações são necessárias acerca da declaração de ausência. A existência da pessoa natural termina com a morte, que pode ser real ou presumida. A declaração judicial de morte presumida pode ocorrer com ou sem a declaração de ausência. Admite-se tal declaração sem decretação de ausência nos casos definidos no art. 7º do Código Civil:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

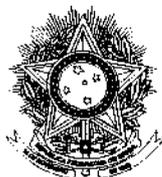
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Quando não estiverem presentes as hipóteses do referido artigo, o caminho a ser seguido consta dos art. 22 e seguintes do Código Civil e requer a declaração de ausência.

Verificado o desaparecimento de uma pessoa do seu domicílio, o juiz declarará a sua ausência e nomear-lhe-á curador. Decorrido um ano da arrecadação de seus bens será aberta a sucessão provisória. Dez anos após passar em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória poderão os interessados requerer a sucessão definitiva. Assim, presume-se a morte do ausente após dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória, conforme disposto no art. 6º do Código Civil: *“A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”*

Maria Helena Diniz observa que a curadoria é dos bens do ausente e não da pessoa do ausente. Deste modo, não havendo bens, não subsistiria interesse na



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

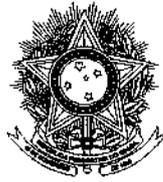


abertura do processo. Não é possível concluir-se daí, entretanto, que o ausente permanece vivo, a despeito de todas as evidências demonstrarem que ele está morto, apenas porque não houve interessado na abertura do processo cível. Ressalte-se, ademais, que o art. 22 do Código Civil faculta ao Ministério Público requerer ao juiz a declaração de ausência, como também lhe autoriza postular a abertura da sucessão provisória (CC, art. 28). Tivesse o Ministério Público Federal atuado no processo – aceitando-se a tese de que os familiares quedaram-se inertes – tal declaração já teria sido obtida, o que eliminaria a controvérsia.

Em adição ao quanto já exposto, ressalte-se que o art. 335 do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, reza que “*o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial*”. No presente caso, a vítima está desaparecida há mais de quarenta anos. Mesmo após o término do regime de exceção não reapareceu. Aplicando-se as regras de experiência e de bom senso, há apenas uma conclusão possível: a vítima está morta. Caberia ao Ministério Público Federal o ônus de provar que, contrariando todas as expectativas lógicas, Aluizio Palhano Pedreira Ferreira, aos noventa anos, estaria vivo e mantido privado de sua liberdade pelos denunciados. Tal certeza – morte da vítima - seria possível, acredito, independentemente da existência de declaração judicial, dada a realidade subjacente. Todavia, para espancar de vez quaisquer dúvidas, foi ainda reafirmada pela edição da Lei nº 9.140/95: “*São reconhecidas 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.*”

A inversão do ônus da prova foi expressamente reconhecida pela referida Lei no parágrafo único do art. 3º, que, conquanto tenha reconhecido a morte dos indivíduos discriminados em seu anexo, abriu a possibilidade de comprovação em contrário. E esta era a missão do Ministério Público Federal, provar que a vítima está viva, apesar de todas as provas dizerem o contrário.

Muito embora o pano de fundo desta denúncia tenha sido o sequestro, é nítida a intenção do Ministério Público Federal em reabrir a discussão sobre a



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



constitucionalidade da Lei de Anistia. Tal objetivo encontra-se estampado a fls. 639: *“ainda que se entenda, por qualquer motivo, que o fato imputado aos denunciados já se encontre exaurido, sustenta o Ministério Público Federal que a pretensão punitiva estatal não está extinta. Não se pode ignorar o efeito vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos – órgão jurisdicional do sistema interamericano – no caso Gomes Lund (‘Guerrilha do Araguaia’) vs Brasil, proferida em 24 de novembro de 2010. Especificamente, no ponto resolutivo n.º 3 da sentença judicial, o tribunal em questão declarou, com efeitos erga omnes, que ‘as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos (...)’.*

Continua o Parquet a fls. 648: *“a inclusa denúncia representa ato processual voltado ao cumprimento parcial da obrigação imposta ao Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sentença do caso Gomes Lund vs. Brasil, consistente no dever de promover a responsabilização criminal de autores de grave violação a direitos humanos cometida por agentes do regime de exceção.”*

Ora, não é possível acolher o pedido sem desconsiderar a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n° 153, decisão esta, impende ressaltar, que tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O Ministério Público Federal demonstra preocupação com as sanções a que estará sujeito o Brasil caso a denúncia não seja recebida, uma vez que ela tem, entre as suas finalidades, *“prevenir futura nova condenação do Estado brasileiro pela omissão no cumprimento das obrigações voluntariamente assumidas junto ao sistema regional, notadamente no que se refere ao cumprimento das decisões emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos”* (fls. 648).

Ocorre que o recebimento ou não da inicial é irrelevante para tal prevenção, pois, independentemente do resultado deste processo, o Brasil continuará a desrespeitar o julgado da Corte Interamericana, pois ainda restarão sem punição os casos de homicídio, tortura, etc. Com efeito, a decisão da referida Corte dispõe, expressamente, que a anistia brasileira não pode impedir a punição dos responsáveis por delitos contra os direitos humanos, ao passo que o teor do julgamento da ADPF n° 153 impede tal efeito.

Constata-se, destarte, a total incompatibilidade entre o decidido pelo



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

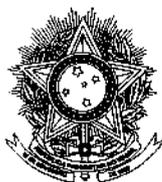


Supremo Tribunal Federal e o decidido pela Corte Interamericana e, seja qual for o caminho escolhido, haverá o desrespeito ao julgado de uma delas. Entendo, assim, que somente o Supremo Tribunal Federal tem competência para rever a sua decisão, devendo a questão ser novamente submetida à sua apreciação. Enquanto isto não ocorrer, não há como negar aplicação ao julgado de nossa Corte Constitucional.

Não vislumbro, por fim, qualquer intenção do Estado brasileiro na punição dos crimes cometidos no período de exceção. Isto foi afirmado pela Lei de Anistia e pela Emenda Constitucional nº 26/95, decidido pelo Supremo Tribunal Federal e reafirmado pela recente edição da Lei nº 12.528, de 18.11.2011. Esta Lei, sancionada pela presidente Dilma Rousseff, - ela própria uma das vítimas do regime de exceção -, criou no âmbito da Casa Civil da Presidência, a Comissão Nacional da Verdade. Conforme se verifica da leitura de seu texto, não tem o novo dispositivo o intuito de punir os autores dos delitos, mas apenas a finalidade de *“examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”* (art. 1º). Os objetivos da Comissão estão discriminados em seu art. 3º, não havendo, reforce-se, nenhuma menção à punição dos envolvidos.

Art. 3º São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

- I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º;*
- II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;*
- III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;*
- IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei 9140, de 4 de dezembro de 1995;*
- V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;*
- VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e*
- VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos*



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações.

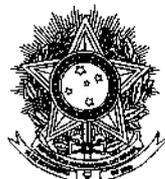
Corroborando este entendimento, a presidente Dilma Rousseff, em recente entrevista¹, afirmou que “a comissão não abriga ressentimento, ódio nem perdão. Ela só é o contrário do esquecimento.” Disse ainda que “não revogará a Lei da Anistia, que perdoou crimes cometidos por agentes do Estado no período.”

Não é segredo, contudo, que alguns segmentos da sociedade querem a revogação da Lei de Anistia. Reportagem da Folha de São Paulo do dia 15 de maio passado mostra que já há divergências entre os membros da recém instituída Comissão da Verdade. Enquanto o ex-ministro da Justiça José Carlos Dias defende que também sejam apurados atos de pessoas que participaram da luta armada contra o regime, a advogada Rosa Maria Cardoso da Cunha afirma que o órgão foi criado para investigar os crimes de agentes de Estado que atuaram na repressão aos opositores da ditadura militar. A interpretação excluía atos da guerrilha. Rosa Maria Cardoso da Cunha foi além e disse não considerar impossível que o país reveja a Lei da Anistia de 1979, que perdoou crimes da repressão e da guerrilha:

"Já houve uma anistia, mas uma parte das vítimas quer outra interpretação dessa anistia para que possa existir processo, para que possam entrar no Judiciário reivindicando determinados direitos", afirmou Rosa. "Não estou dizendo que vai acontecer, mas isso mostra que, dependendo do contexto político, essas decisões são reavaliadas e são alteradas." Ela citou o caso da Espanha, onde o movimento dos indignados retomou o debate sobre a punição de crimes da ditadura de Francisco Franco (1939-1975). "A transição [espanhola] foi pactuada, se decidiu completamente não rever o passado, e agora o movimento dos indignados está retomando a discussão", afirmou.

Sucede que nem este juízo, tampouco a Comissão da Verdade têm legitimidade para as mudanças propostas. De fato, outra interpretação da Lei de Anistia só poderá ser realizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao passo que revogação da lei é de responsabilidade do Congresso Nacional. Mesmo nesta hipótese, nos termos do julgamento da ADPF nº 153, ainda haveria a discussão acerca das implicações desta possível revogação, uma vez que a referida lei teria a natureza de uma lei-medida dotada de efeitos concretos já exauridos.

¹ <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/05/16/dilma-chora-ao-instalar-comissao-da-verdade.htm>



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL



O recebimento da denúncia implicaria, pois, por um lado, na desconsideração, por via oblíqua, de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em processo concentrado de controle de constitucionalidade e, por outro, na aceitação de tese ministerial comprovadamente dissociada da realidade.

Posto isso, **REJEITO A DENÚNCIA** oferecida em desfavor de **CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA** e **DIRCEU GRAVINA** quanto ao crime previsto no art. 148, § 2º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, com fundamento no art. 395, II e III, do Código de Processo Penal.

Transitada em julgado esta sentença, façam-se as anotações e comunicações pertinentes. Oportunamente, encaminhem-se os autos ao SEDI para as providências de estilo.

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

São Paulo, 22 de maio de 2012.

MÁRCIO RACHED MILLANI
Juiz Federal Substituto