

CASO RUBENS PAIVA: RECEBIMENTO DE DENÚNCIA

Caio Márcio Gutterres Taranto
Juiz Federal - 4ª Vara Federal Criminal

Esta decisão recebe a denúncia contra os acusados, entre outros crimes, de sequestro, tortura, homicídio e ocultação de cadáver do deputado Rubens Paiva, ocorridos em janeiro de 1971.

AÇÃO PENAL Nº 0023005-91.2014.4.025101

AUTOR: Justiça Pública

RÉUS: José Antônio Nogueira Belham e outros

DECISÃO - RECEBIMENTO DE DENÚNCIA

1 Do relatório

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL oferece denúncia em desfavor de JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA BELHAM, RUBENS PAIM SAMPAIO, RAYMUNDO RONALDO CAMPOS, JURANDYR OCHSENDORF E SOUZA E JACY OCHSENDORF E SOUZA pela prática, em tese, das condutas tipificadas nos artigos 121, § 2º, incisos I, III e IV, 211, 288, parágrafo único, e 347, parágrafo único, todos do Código Penal e em concurso de agentes.

Sustenta que, entre os dias 21 e 22 de janeiro de 1971, nas dependências do Destacamento de Operações de Informações - DOI do I Exército, então localizado a Rua Barão de Mesquita, 425, Tijuca, Rio de Janeiro, os denunciados José Antônio Nogueira Belham e Rubens Paim Sampaio (Major Sampaio/Dr. Teixeira), em concurso com militares já falecidos e com agentes ainda não identificados, cometeram o homicídio de RUBENS BEYRODT PAIVA.

Defende o caráter torpe do homicídio praticado e a impossibilidade de defesa da vítima, consistente na busca pela preservação do poder usurpado em 1964, mediante violência e uso do aparato estatal para reprimir e eliminar opositores do regime e garantir a impunidade dos autores de homicídios, torturas, sequestros e ocultações de cadáver. Asseveram o emprego de tortura, consistente na infligência intencional de sofrimentos físicos e emocionais contra RUBENS BEYRODT PAIVA, com o fim de intimidá-lo e dele obter informações a respeito dos destinatários finais de cartas e documentos remetidos por dissidentes exilados no Chile, encontrados em poder de Cecília Viveiros de Castro e de Marilene Corona Franco.

Imputam, também aos acusados em concurso com agentes não identificados e já falecidos, a ocultação do cadáver de RUBENS BEYRODT PAIVA. Narra que os acusados, juntamente com Francisco Demiurgo Santos Cardoso, no dia 22 de janeiro de 1971, inovaram artificialmente, ao afirmarem que a vítima se evadira, com o fim de induzir em erro o perito Lúcio Eugêncio de Andrade e o órgão jurisdicional competente.

Por fim, afirmam que os acusados, ao menos entre 1970 e 1974, juntamente com agentes já falecidos, dentre os quais Francisco Demiurgo Santos Cardoso, Paulo Manhães,

Freddie Perdigão Pereira, Antônio Fernando Hughes de Carvalho, Syseno Sarmento, José Luiz Coelho Netto, João Paulo Moreira Burnier, Ney Fernandes Antunes e Ney Mendes, além de outros não identificados, associaram-se, de forma estável e permanente, em quadrilha armada, com a finalidade de praticar crimes de lesa-humanidade tipificados, no ordenamento interno como sequestros, homicídios e ocultações de cadáver.

A denúncia narra que as quatro condutas imputadas foram cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil, consistente em organização e operação centralizada de um sistema semiclandestino de repressão política, baseado em ameaças, invasões de domicílio, sequestro, tortura, morte e desaparecimento de indivíduos contrários ao regime então em vigor.

Assevera o Ministério Público Federal que, no dia 19 de janeiro de 1971, Cecília Viveiros de Castro e Marilene Corona Franco embarcaram do Chile para o Rio de Janeiro (chegando às 0h do dia 20). Vítimas de tortura, descobriu-se que ambas ocultavam papéis e cartas com conteúdo político. Nos papéis encontrados em poder de Marilene Corona Franco, havia a orientação de que um dos pacotes deveria ser entregue a “Rubens, que poderia ser contatado através de um determinado número de telefone”.

Marilene Corona Franco, sustenta a denúncia, foi obrigada mediante tortura cometida pessoalmente pelo comandante da III Zona Aérea, coronel João Paulo Moreira Burnier, a telefonar para o número indicado no pacote que recebera e dizer a “Rubens” que as cartas do Chile haviam chegado. Conforme narra o Ministério Público, o oficial portava radiocomunicador e, assim que a mensagem foi transmitida por telefone ordenou o cerco e invasão da residência da vítima. Minutos mais tarde, RUBENS BEYRODT PAIVA foi levado ao comando da III Zona Aérea na Avenida General Justo conduzindo o próprio veículo, iniciando-se sessão de interrogatório com emprego de tortura. Posteriormente, a vítima foi levada ao DOI do I Exército. No final do dia 20, foi transferido para o 1º Batalhão de Polícia do Exército (onde funcionava o DOI). Afirmando que RUBENS BEYRODT PAIVA foi, então, vítima de violenta tortura, de homicídio e teve seu cadáver ocultado.

A presente Ação Penal foi distribuída por dependência à Medida Cautelar nº 2014.5101020100-0, que teve por objeto busca e apreensão na residência de Paulo Manhães, cujo resultado consagra documentos e outros meios de prova que lastreiam o oferecimento da denúncia.

Junta documentos a fls. 124/615. Possui 24 apensos.

É o relatório. decido.

2 Da competência da Justiça Federal

A competência criminal da Justiça Federal é regulada a partir do sistema do artigo 109 da Constituição, expresso quanto às causas fundadas em tratado, às causas relativas a direitos humanos, os crimes políticos e as infrações penais praticadas contra a União e suas autarquias e empresas públicas. Ressalta-se que os acusados eram, à época dos fatos, membros das Forças Armadas em utilização de bens e serviços pertencentes à União, além de estarem em serviço.

Nesse contexto, mostra-se válida a disposição da Lei nº 9.299/96, que contempla a Justiça Federal para julgar os crimes dolosos contra civis cometidos por militares no exercício da função, afastando-se disposições constantes na legislação processual militar. Por outro lado, a conduta imputada aos acusados denota deslocamento de função de atividade militar.

Por se tratar de norma processual, a Lei nº 9.299/96, à luz do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, deve ser aplicada instantaneamente para que seja fixada a competência da Justiça Federal, no procedimento do Tribunal do Juri. Trata-se de orientação consolidada pelos precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante denota a ementa *in verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. DELITO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.299/1996. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA PELO JUIZ AUDITOR MILITAR NO CURSO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA PELA AUDITORIA MILITAR ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 9.299/1996 AOS PROCESSOS EM CURSO. NULIDADE DO FEITO.

1. A Lei 9.299/1996 incluiu o parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar, consignando que os crimes nele tratados, quando dolosos contra a vida e praticados contra civil, são da competência da Justiça Comum.

2. O mesmo diploma legal acrescentou, ainda, um parágrafo no artigo 82 no Código de Processo Penal Militar, determinando que a Justiça Militar encaminhe os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum, nos casos de crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil.

3. Diante de tais modificações, esta Corte Superior de Justiça adotou o entendimento de que, diante da incidência instantânea das normas processuais penais disposta no artigo 2º do Código de Processo Penal, a Lei 9.299/1996 possui aplicabilidade a partir da sua vigência, de modo que todas as investigações criminais e processos em curso relativos a crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil devem ser encaminhados à Justiça Comum.

4. No caso dos autos, embora o suposto homicídio praticado pelo recorrente, policial militar, contra vítima civil, remonte ao ano de 1994, quando ainda não vigia a Lei 9.299/1996, o certo é que antes mesmo do início da instrução processual, e diante do advento do citado diploma legal, o Juiz Auditor Militar declinou da competência para a Justiça Comum, determinação que foi ignorada pela Auditoria Militar, que proferiu sentença condenatória no feito.

5. Assim, como à época em que julgado o delito em tese praticado pelo recorrente já competia ao Tribunal do Juri apreciar o feito, uma vez que a Lei 9.299/1996 já estava em vigor, a sentença proferida pela Auditoria da Justiça Militar do Estado do Espírito Santo é nula, já que oriunda de Juízo absolutamente incompetente.

REPRESENTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA APLICAR A PENA ACESSÓRIA DE PERDA DA PATENTE. DESCABIMENTO DE HABEAS CORPUS PARA DISCUTIR A IMPOSIÇÃO DE PERDA DA GRADUAÇÃO. SÚMULA 694 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO QUANTO AO PONTO. 1. O habeas corpus não constitui meio idôneo para se discutir a ilegalidade da decretação da perda de cargo público em decorrência de sentença condenatória, uma vez que ausente qualquer violação ou ameaça à garantia do direito à liberdade de locomoção. 2. A matéria já foi, inclusive, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, cujo verbete 694 preceitua que “não cabe ‘habeas corpus’ contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública”. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para anular o processo desde descumprimento do despacho do Juiz Auditor Militar que declinou da competência para a Justiça Comum, devendo o feito ser remetido a uma das Varas Criminais de Guarapari/ES. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso em Habeas Corpus nº 25.384, 5ª Turma, DJE de 14/2/2011, relator Ministro Jorge Mussi)

Por outro lado, o Juízo da 4ª Vara Federal Criminal, especializada em crimes cometidos por organizações criminosas, é prevento por força da distribuição da Medida Cautelar nº 2014.5101020100-0, que consagrou apreensão positiva de material probatório, conforme os artigos 69, VI, e 83 do Código de Processo Penal.

3 Da não extinção da punibilidade pela Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 e pelo artigo 8º do ADCT

A presente denúncia não deve ser rejeitada à luz do artigo 395 do Código de Processo Penal. Não ocorreu, em relação aos fatos narrados na denúncia, a extinção da punibilidade pela anistia (inciso II do artigo 109 do Código Penal). Conforme exposto no relatório, essa Ação Penal tem por objeto prática de Militares na qualidade de membros de repressão a grupos contrários ao regime referidos pela Legislação Constitucional vigente à época como “subversivos” (a exemplo do artigo 154 da Emenda Constitucional nº 1/69).

A denúncia narra prática de homicídio (qualificado por motivo torpe, prática de tortura e impossibilidade de defesa da vítima), ocultação de cadáver, formação de quadrilha armada e fraude processual, todos tipos penais vigente à época. A ordem constitucional em vigor assegurava o direito à vida e à liberdade (artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69), além do devido processo legal.

Em janeiro de 1971, sob o aspecto formal, estava em vigor o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, por força das disposições do artigo 181, I, da Emenda nº 1/69. Entretanto, as condutas narradas na denúncia não possuíam validade (jurídica) nem se adequavam perante o sistema do artigo 5º do AI 05/68 e deveriam ser objeto da Lei Penal. Em outras palavras, as condutas denunciadas tratam de práticas à margem e à cima do sistema constitucional e legal em vigor, mesmo ponderando-se o regime da legislação de exceção e repressão. A mesma conclusão é obtida em relação aos Atos Institucionais de nº 13 e 14, ambos de 1969.

A anistia consiste em hipótese de extinção da punibilidade a partir da edição de uma lei. Perante essa perspectiva, a vontade geral de um povo consagra que já não há mais interesse na persecução de dados crimes do passado. Nesse contexto, o artigo 1º da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei da Anistia pela historiografia, abarca, apenas, os atos “punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares”, a exemplo do AI 05/68. Vejamos o disposto no artigo 1º da referida Lei, *in litteris*:

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 (vetado).*

Veja que a anistia contemplada pela Lei nº 6.683/79 não trata de condutas previstas no Código Penal e imputadas aos acusados até por força do veto presidencial. Na Mensagem de Veto nº 267 de 28 de agosto de 1979, o então Presidente da República comunica ao Congresso Nacional que vetou a expressão “e outros diplomas legais” incluída na parte final do referido, o que incluiria o Código Penal. O motivo político que norteou a Lei de Anistia, portanto, teve a referência aos Atos Institucionais e Complementares, evitando-se generalizações de “motivo político”. O então Sistema de Segurança Interna (SISSEGIN) não teve o *status* de ato Institucional e não permitia as práticas objeto da presente Ação Penal, limitando-se a serviço de informação e contrainformação.

De igual modo, a extinção de punibilidade pela anistia a militares por crimes puníveis previstos na legislação ordinária (outros diplomas legais além dos Atos Institucionais e Complementares) não se deu pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que também contemplou o período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Essa foi a construção hermenêutica do Supremo Tribunal Federal dada ao sistema do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que estabeleceu anistia aos militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares, ou seja, estritamente vinculando-a aos referidos atos (e não com base na legislação comum, a exemplo do Código Penal). Nesse sentido, cita-se a ementa do Recurso Extraordinário nº 120.111, de Relatoria do Ministro Octávio Gallotti:

[...] ANISTIA DE PRAÇAS DA MARINHA. A ANISTIA CONCEDIDA PELO ART. 4. E SEUS PARAGRAFOS, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26, DE 1985, SÓ SE APLICA AOS MILITARES PUNIDOS POR ATOS DE EXCEÇÃO, INSTITUCIONAIS OU COMPLEMENTARES. NÃO AOS EXPULSOS, DISCIPLINARMENTE, COM BASE NA LEGISLAÇÃO COMUM¹. (PRECEDENTES DO STF: RREE 116.589 E 116.130)

No Recurso Extraordinário nº 116589,² de relatoria do Ministro Carlos Madeira, o Pretório Excelso fixou que “tanto a Lei nº 6.683/79, como a Emenda Constitucional nº 26, de 1985, concedeu anistia aos militares punidos com base em atos de exceção, constitucionais e complementares. Só os civis, punidos com base em legislação ordinária, são beneficiados pela anistia.” Essas reflexões quanto à não incidência da Lei de Anistia aos fatos dessa Ação Penal em nada se relaciona à sua recepção pela Carta de 1988, nos termos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, de Relatoria do Ministro Eros Grau.

Até mesmo a anistia prevista no artigo 8º do ADCT não contemplou a hipótese de legislação ordinária, como é o caso dessa Ação Penal. Por essa razão, o Egrégio Supremo Tribunal Federal editou o Verbete nº 674, que dispõe que “a anistia prevista no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não alcança os militares expulsos com base em legislação disciplinar ordinária, ainda que em razão de atos praticados por motivação política”.

A motivação política, por si só, não determina a incidência da anistia perante a Lei nº 6.683/79, a Emenda Constitucional nº 26/85 e o artigo 8º do ADCT. Por outro lado, a anistia, na qualidade de hipótese de extinção da punibilidade, deve ser interpretada restritivamente, até pela excepcionalidade que representa, sobretudo quando colide com a proteção de direitos fundamentais protegidos à égide da ordem constitucional anterior. Dessa forma, em relação aos fatos narrados na denúncia, não há o que se falar em extinção de punibilidade pela anistia.

4 Da não extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva pela qualidade de crimes contra a humanidade

A qualidade de crimes contra a humanidade do objeto da presente Ação Penal obsta a incidência do decurso do prazo prescricional como hipótese de extinção da punibilidade. O homicídio qualificado pela prática de tortura, a ocultação do cadáver (após tortura), a fraude processual para a impunidade (da prática de tortura) e a formação de quadrilha armada³ foram cometidos por agentes do Estado, como forma de perseguição política, no período da Ditadura Militar como atos de repressão à liberdade política da vítima.

A Ordem Constitucional em vigor à época também contemplava a incidência da normatização dos princípios de direito internacional, razão pela qual consagrava a competência da União em celebrar tratados (artigo 8º, I, da Emenda Constitucional nº 01/69). Dessa forma, já incidia o princípio geral de direito internacional, acolhido como costume pela prática dos Estados e posteriormente por Resoluções da ONU, de que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis.

A esse fato, acrescenta-se que o Brasil, pela edição do Decreto nº 10.719 de 1914, ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia em 1907, na qual reconhece o caráter normativo dos princípios *jus gentium* preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública. Na lição de Cançado Trindade,⁴ o *jus gentium* possui caráter de universalidade emanado da consciência jurídica universal.

O conceito de crime contra a humanidade foi previsto inicialmente no art. 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, e depois ratificado pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1946. Nele estão previstas as condutas de homicídio, deportação, extermínio e outros atos desumanos cometidos “dentro de um padrão amplo e repetitivo de perseguição a determinado grupo (ou grupos) da sociedade civil, por razão política”. Nesse contexto, o sentido e conteúdo de crime contra a humanidade deve ser extraído ponderando-se o histórico de militância política da vítima, inclusive sua atuação na qualidade de Deputado cassado pelo Movimento de 1964.

Como fixado pelas Nações Unidas - ao aprovar os princípios ditados pelo Tribunal de Nuremberg -, o crime de lesa-humanidade constitui qualquer ato desumano cometido contra a população civil, no bojo de uma perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos. Note-se que não há necessidade de consumação de um genocídio, mas apenas que determinado segmento social seja alvo de repressão específica.

A denúncia narra com clareza o contexto das condutas imputadas aos denunciados como prática de uma política de governo ilegal perante o ordenamento à época qualificada por atrocidades. Passados mais de 40 anos dos fatos objeto da Ação Penal, já não se ignora mais que a prática de tortura e homicídios contra dissidentes políticos no período conhecido historicamente como “Ditadura Militar” fazia parte de uma política conhecida, desejada e coordenada pela mais alta cúpula governamental, mas que a manteve em um plano de ilegalidade, expondo que o Estado e os detentores do poder estavam a cima do ordenamento jurídico.

Narra, pois, a denúncia crimes contra a humanidade em contexto com demais fatos igualmente ilícitos, a exemplo de outros casos de tortura. Dessa forma, não se admite a prescrição da pretensão punitiva. Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1968, incide o verdadeiro princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, que obsta a extinção da punibilidade a partir de força derogatória do artigo 107 do Código Penal.

O artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça é amplamente reconhecido como a formulação mais autorizada a respeito das fontes do direito internacional e expressamente contempla o costume internacional como uma prova de prática geral aceita como direito. O costume como fonte do direito internacional apto a orientar juízos de suprallegalidade exige fatos materiais, ou seja, o comportamento propriamente dito dos Estados e a crença de que é segundo o ordenamento jurídico (internacional). Há, assim, a crença e a coerência com o ordenamento jurídico de que os crimes contra a humanidade aceitos pelos Estados devem ser punidos, não se submetendo a impedimentos de incidência da lei penal, a exemplo das hipóteses de extinção da punibilidade, como a prescrição.

Na Resolução da ONU nº 95, de 1946, a Assembleia Geral acolheu integralmente os princípios de direito internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças do referido Tribunal. Relembre-se que aquele Tribunal havia procedido à definição de crimes contra a humanidade, bem como reconhecido a sua imprescritibilidade. Posteriormente, a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi expressamente tratada na Resolução da ONU nº 3.074, de 3 de dezembro de 1973, nos seguintes termos:

1. Os crimes de guerra e os crimes de lesa-humanidade, onde for ou qualquer que seja a data em que tenham sido cometidos, serão objeto de uma investigação, e as pessoas contra as que existam provas de culpabilidade na execução de tais crimes serão procuradas, detidas, processadas e, em caso de serem consideradas culpadas, castigadas. [...]
8. Os Estados não adotarão disposições legislativas nem tomarão medidas de outra espécie que possam menosprezar as obrigações internacionais que tenham acordado no tocante à identificação, à prisão, à extradição e ao castigo dos culpáveis de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade.

A força deste princípio, que se comunica como verdadeiro costume internacional, permitiu que fosse inserido em novos instrumentos internacionais, sendo de destacar-se sua previsão no Estatuto de Roma, que trata do Tribunal Penal Internacional.

O pensamento doutrinário contempla que tanto os atos dos Estados quanto os das organizações internacionais são aptos para criar a repetição necessária à formação do costume como norma de direito internacional.⁵ A repetição pelos julgamentos das Cortes Internacionais insere a punição à tortura em outras fontes do direito, que se comunicam com o costume, que são os precedentes.⁶ O reconhecimento da imprescritibilidade de crimes de lesa-humanidade como um princípio geral de direito internacional, incorporado aos costumes internacionais, foi explicitamente realizado pela Corte Interamericana de Direitos, no “Caso Almonacid Arellano”:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del Sr. Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n. 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, puesto que el Estado está en la obligación de dejar sin efecto el citado Decreto Ley (supra, párr. 144). Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio non bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (párr. 150). (Voto razonado del Juez A.A. Cançado Trindade)

Não bastasse a natureza de costume internacional conferida à imprescritibilidade destes crimes, considero estarmos diante de verdadeiro *ius cogens*, que não pode ser ignorado pelos Estados. Historicamente, desde a 2ª Grande Guerra, a desconsideração de crimes contra a humanidade justificou a autorização internacional de invasão de um Estado, contemplando a força normativa do costume.

E é nesse contexto que se orienta a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujo Estatuto remonta à 1979, anterior, portanto ao decurso de 20 anos do homicídio qualificado pela tortura objeto da presente ação penal, em como *Gomes Lund vs. Brasil* e *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. No mesmo sentido, em importante precedente horizontal, o Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, decisão prolatada pela Eminente Magistrada Ana Paula Vieira de Carvalho, recebeu a denúncia da Ação Penal que tem por objeto o “atentado do Riocentro” (Processo 2014.5101017766-5).

4.1 Da não extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do homicídio qualificado por tortura por força da convenção interamericana contra a tortura

Tendo-se em vista a primeira conclusão de não incidência de anistia para os crimes imputados em desfavor dos denunciados nessa ação penal, conclui-se que não está extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva da imputação de homicídio qualificado pela tortura, mesmo se desconsiderasse a qualidade de crime contra a humanidade. Ora, na medida em que o fato aconteceu entre os dias 20/21 de janeiro de 1971, em 5/10/1988, não havia decorrido o prazo de 20 anos necessários para a extinção da punibilidade (artigo 109, I, do Código Penal).

A Carta de 1988 consagrou que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime de tratados internacionais em que a República Federativa seja parte (artigo 5º, § 2º). Esse dispositivo superou a disposição normativa do artigo 153, § 36, da Ordem Constitucional anterior, de alcance mais restrito. Por outro lado, a Constituição atribui reprovabilidade à tortura, em especial por consagrá-la como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inciso XLIII). Há, pois, o direito fundamental na punibilidade dessa prática, sobretudo quando a disposição normativa do inciso XLIII é compreendida perante o inciso XLI do artigo 5º, ao estabelecer que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

O Decreto nº 98.386/89, publicado no Diário Oficial em 13/11/1989, promulga a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Esse Tratado Internacional contempla que os Estados Partes, no caso a República Federativa do Brasil, “tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”.

Dessa forma, além da impossibilidade de graça e anistia, foram derogadas para os tipos penais que punem a tortura, a exemplo do artigo 121, § 2º, inciso III, do Código Penal, todas as demais hipóteses de extinção de punibilidade a exemplo do indulto, da *abolitio criminis* e da prescrição.⁷

Ora, quando em vigor a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, ainda não havia ocorrido extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do homicídio objeto da presente ação penal. A partir de então, tornou-se imprescritível. A Convenção Interamericana da Tortura atua em um plano de suprallegalidade⁸ perante o direito interno, obrigando-o a previsão de punição da tortura, a instrumentalização de meios estatais para tanto e impedindo medidas despenalizadoras ou extintivas de punibilidade. Por outro lado, a impossibilidade de direitos absolutos permite a construção da imprescritibilidade perante o homicídio qualificado por tortura praticado em 1971.

O compromisso firmado pela punição da prática de tortura (o que inclui o homicídio qualificado por tortura) a partir da internalização da Convenção Interamericana da Tortura amplia o rol de direitos fundamentais, razão pela qual se aplica à hipótese do homicídio praticado mediante tortura em 1971 e ainda não prescrito quando da internalização. Trata-se de efeito da amplitude do âmbito de proteção da punição da tortura pelo tratado internacional ao colidir com demais direitos fundamentais.

5 Da justa causa. Contexto apto à admissão da denúncia

A denúncia ofertada encontra-se devidamente acompanhada de documentos e testemunhos aptos ao recebimento da denúncia em desfavor dos acusados. Merece ênfase a declaração manuscrita de Cecília Viveiros de Castro, a declaração de Marilene Corona Franco ao MPF, o depoimento de Cecília Viveiros de Castro à DPF em 11/9/1986, o recebimento de entrega do automóvel da vítima e o conjunto de documentos apreendidos por força da Medida Cautelar nº 2014.5101020100-0.

6 Dispositivo

Em face do exposto, RECEBO A DENÚNCIA em desfavor de JOSÉ ANTÔNIO NOGUEIRA BELHAM, RUBENS PAIM SAMPAIO, RAYMUNDO RONALDO CAMPOS, JURANDYR OCHSENDORF E SOUZA E JACY OCHSENDORF E SOUZA pela prática, em tese, das condutas tipificadas nos artigos 121, § 2º, incisos I, III e IV, 211, 288, parágrafo único, e 347, parágrafo único, todos do Código Penal e em concurso de agentes.

Citem-se os denunciados para responderem à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, na forma do Art. 396-A do Código de Processo Penal, ocasião em que poderão ser arguidas preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerer sua intimação, quando não se tratar de testemunhas meramente de caráter, devendo nesta hipótese ser apresentada declaração.

O Oficial de Justiça deverá qualificar os citandos nas folhas anexas aos mandados e devolvê-las a este Juízo junto com os expedientes. Deverá, ainda, certificar se os denunciados têm advogado, bem como o nome e o número de inscrição na OAB, ou, caso não possua, informar se tem condições financeiras para constituir advogado.

Caso não possuam condições financeiras para constituir advogado, deverão ser orientados a dirigirem-se, em caráter de urgência, à Defensoria Pública da União, localizada na Rua da Alfândega, nº 70, Centro, Rio de Janeiro/RJ, de terça a quinta-feira, das 8h30 às 17h30, ou, na impossibilidade, manterem contato telefônico com o Órgão, através do número 2460-5000.

Determino que o Oficial de Justiça assine eletronicamente certidão dando conta do cumprimento das diligências do presente processo. Cientifique-se no corpo das referidas diligências. Proceda-se, ainda, à *digitalização da denúncia e de eventual proposta de suspensão condicional do processo* apresentada e à assinatura eletrônica das mesmas de forma vinculada ao cadastro de processo desta ação penal.

Alerto, desde então, aos patronos constituídos pelos acusados que a defesa, consubstanciada na resposta à acusação, deve ser técnica e que sua omissão poderá ensejar o decreto de abandono da causa e o pagamento de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários-mínimos, na forma do Art. , 265, do CPP. Também é oportuno registrar que não serão deferidos requerimentos de diligências e nem apresentação ou substituição de rol de testemunhas ou a produção de provas periciais requeridas em momento processual distinto da resposta à acusação e oferecimento da denúncia. (item 3.4.1.1 do Plano de Gestão do CNJ).

Não citada a parte ré, e considerando que incumbe à acusação o ônus de declinar a qualificação e localização de pessoa denunciada (art. 41 do CPP), cabendo ao MPF requisitar da Administração Pública e de entidades privadas documentos e informações para realizar o seu mister (art. 8º da lei Complementar 75, de 1993, e art. 129, da Constituição), *dê-se vista da certidão negativa ao MPF*, a fim de que possa adotar as medidas necessárias à obtenção do endereço atual. *Com a vinda de novo endereço, promova-se a citação.*

Citada a parte ré e decorrido o prazo sem oferecimento da resposta a acusação, certifique-se e remetam-se os autos à Defensoria Pública da União, a fim de que assuma a defesa.

Cadastre-se no sistema processual eventual patrono constituído em sede policial ou procedimento administrativo originário.

Ficam as partes autorizadas a apresentar comprovante de antecedentes criminais do réu. Registro também que a apresentação das certidões de antecedentes criminais do acusado é encargo que não pode ser transferido ao Judiciário. Com relação à comprovação de antecedentes criminais da parte ré, conforme esclarecimento à fl. 42 do Plano de Gestão para o Funcionamento de Varas Criminais e de Execução Penal, do Conselho Nacional de Justiça, cabe ao Ministério Público, investido da titularidade da ação penal, a adoção de medidas necessárias ao cumprimento do referido encargo probatório.

Dispensável a comunicação do recebimento da denúncia a Instituto de Identificação e Estatística, considerando que a lei prevê a obrigatoriedade do registro apenas com relação à autoridade policial (art. 23, do CPP) e que apenas a partir de eventual

aceitação de proposta de suspensão condicional do processo ou de aplicação imediata de pena restritiva de direitos (art. 76, §2º, II e art. 89, *caput*, ambos da Lei 9.099/95) ou de eventual trânsito em julgado, objetivando a verificação de reincidência (art. 63 do CP) é que se torna relevante o registro do ocorrido nestes autos, entendimento referendado pela Súmula 444 do STJ.

Em cumprimento ao Ofício-Circular nº T2-OCI-2010/00166, 18/11/2010 e Provimento nº T2PVC201000084, de 25/11/2010, ambos da lavra da Egrégia Corregedoria-Regional da Justiça Federal da 2ª Região e Resolução nº 112, de 6/4/2010, do CNJ, *proceda-se o lançamento no cadastro do Sistema Apolo: a tipificação penal, a data do crime, as datas do oferecimento e recebimento da denúncia e a data da prescrição* (levando em conta a data estimada para consumação da prescrição pela menor pena cominada), *os dados qualificativos do(s) denunciado(s) e a tabela única de assuntos*, devendo tais dados serem *atualizados* após a ocorrência de eventos, principalmente quando tais dados disserem respeito aos prazos e às datas de prescrição.

Em seguida, ainda em cumprimento aos atos em tela, *anote-se na capa destes autos a imprescritibilidade, a classificação penal dos fatos, a data dos fatos e as penas mínima e máxima*. Concluído o relatório, *afixe-se cópia do mesmo na contracapa, indicando-se o número da folha que fora juntada*.

Se apresentadas exceções no prazo da resposta escrita, devem estas ser autuadas em apartado e distribuídas por dependência a esta ação penal, juntando-se às mesmas cópia desta decisão. Nos autos em apartado, deve haver registro e publicação deste parágrafo, para ciência da parte do número de autuação, e devem os autos ser encaminhados ao MPF para manifestação em 5 (cinco) dias.

Revogo o segredo de Justiça dessa Ação Penal.

Dê-se vista ao Ministério Público Federal.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.

CAIO MÁRCIO GUTTERRES TARANTO
Juiz Federal

Notas

¹ No Recurso Extraordinário 120.320, relator Ministro Nelson Jobim, o Supremo assentou que “Constitucional. Anistia. Militares. A anistia prevista na EC 26/85 não se aplica às hipóteses de punição havida com base em legislação ordinária. Recurso Extraordinário conhecido e provido”.

² No Recurso Extraordinário 248.825, relator Ministro Moreira Alves, o STF firmou que: Anistia. - Esta Corte, por ambas as suas Turmas e pelo seu Plenário, já firmou o entendimento de que a anistia concedida pelo artigo 4º, e seus parágrafos, da Emenda Constitucional nº 26/85, só se aplica aos militares punidos por ato de exceção, institucionais ou complementares, e não aos expulsos, disciplinarmente, com base na legislação comum (assim, a título de exemplo, nos RREE 116.310, 116.386, 117.058 e 123.511 da Primeira Turma, e nos RREE 114.869, 116.028 e 116.589 da Segunda Turma), bem como assentou a orientação de que “a teor do disposto no artigo 8º do ADCT-CF/88 somente aos militares punidos com base em ato institucional ou complementar são asseguradas as promoções na inatividade, e não aqueles afastados com base em dispositivo da legislação comum” (RE 123.337, Pleno, com citação de precedentes). - Desses entendimentos dissentiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

³ Que incluía tortura em suas práticas.

⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, pg. 9.

⁵ MAZZOULI, Valerio de Oliveria. Curso de direito internacional público, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, pg. 106.

⁶ Acolhe-se, aqui, reflexão já apontada por estudiosos como Jan Komárek (Judicial lawmaking and precedent in Supreme Courts. LSE Law, Society and Economy Working Papers 4/2011. London School of Economics and Political Science), Peter Kovacs, Emmanuelle Jouannet dentre outros. Emmanuelle Jouannet expõe que a jurisprudência internacional é composta de decisões internacionais e de princípios jurisprudenciais internacionais (La notion de jurisprudence internationale em question, *in* La juridictionnalisation Du droit international - Societe Française Pour Le Droit International. Paris: A. Pedone, pg. 363).

⁷ Excepciona-se, apenas, a morte do agente nos termos do artigo 107, I, do Código Penal.

⁸ A suprallegalidade possui é acolhida pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo das decisões prolatadas no HC 87.585 e no RE 466.343. No presente caso, é necessário *distinguishing* perante a ADPF 153, que apreciou questões do movimento de 1964 apenas “em tese” e não constituiu seu objeto a prescrição do delito de homicídio de Rubens Paiva perante a Convenção Interamericana.