



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Autos nº 0004823-25.2013.403.6181

Recorrente : Ministério Público Federal

Recorridos: CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e ALCIDES SINGILLO

Origem: 5ª Vara Federal Criminal de São Paulo/SP

EGRÉGIO TRIBUNAL

DOUTA PROCURADORIA REGIONAL

O Ministério Público Federal, por intermédio do Procurador da República infrafirmado, vem ofertar suas **RAZÕES DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO**, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I - DOS FATOS

CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e ALCIDES SINGILLO foram denunciados pela prática do delito tipificado no artigo 211, c.c. o artigo 62, inciso II, alíneas "a", "b", "g" e "h" do Código Penal Brasileiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

Na inicial, foi requerido também o reconhecimento, em relação ao denunciado **CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA**, da incidência das circunstâncias agravantes previstas nos incisos I e III, do artigo 62, do Código Penal.

A denúncia se deu, em apertada síntese, porque, de acordo com o resultado das investigações procedidas nos autos do procedimento criminal de n. 1.34.001.007800/2011-79, desde o dia 05 de janeiro de 1972 até a presente data, nesta capital paulista, os acusados **CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA** e **ALCIDES SINGILLO**, juntamente com o delegado de polícia já falecido Alcides Cintra Bueno e outros agentes federais e estaduais, ainda não totalmente identificados, ocultam o cadáver de **Hiroaki Torigoe**, na forma narrada no item 2 da inicial (fls. 02/56).

A inicial foi recebida em 03 de maio de 2013, pela juíza Adriana Freisleben de Zanetti, aceitando o argumento de que o crime seria permanente (fls. 57/58).

Devidamente citados, os réus apresentaram suas respostas à acusação às fls. 93/117 e 511/551, alegando, preliminarmente, suposta consumação da prescrição, já que os fatos narrados datam do ano de 1972 e o crime é punido com pena máxima de 3 anos.

Subsidiariamente, caso não fosse reconhecida a extinção da punibilidade em virtude do decurso do prazo prescricional, os acusados trouxeram aos autos a tese de que teriam sido anistiados, nos termos da Lei n.º



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

6.683/1975 e da decisão proferida pelo STF no bojo da ADPF n. 153/DF. Isso porque, segundo argumentaram, a referida lei seria compatível com a ordem constitucional vigente e também seria aplicável aos agentes de estado autores de crimes políticos e conexos, praticados à época da ditadura militar.

II - DA DECISÃO RECORRIDA

Ao apreciar as defesas dos acusados, o MM. Juízo *a quo*, considerando que as duas preliminares aventadas seriam "prejudiciais entre si" (sic), entendeu que a análise da prescrição deveria anteceder a da anistia, eis que esta implicaria juízo de mérito acerca da conduta imputada.

Desse modo, ao julgar a questão atinente à prescrição, o juízo sentenciante entendeu por bem reconhecê-la, fixando como correta a premissa de que o crime de ocultação de cadáver seria instantâneo de efeitos permanentes, e não permanente, nos termos da tese defendida pelo Ministério Público Federal.

Considerando que o crime de ocultação de cadáver seria uma espécie de delito instantâneo e teria, portanto, se consumado em janeiro de 1972, ou seja, há mais de 42 anos, o douto juízo reconheceu a incidência da prescrição e julgou a extinta a punibilidade de ambos os acusados, conforme artigo 107, IV, do Código Penal c.c. o artigo 397, IV, do Código de Processo Penal.

Entretanto, conforme será demonstrado:



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

a) Os fatos narrados na denúncia se amoldam ao tipo penal do artigo 211 do Código Penal, o qual prevê conduta permanente, e não instantânea de efeitos permanentes, como mencionado pela autoridade judicial de primeiro grau e, via de consequência, por estarem ocorrendo até a presente data, não foram alcançados pelo instituto da prescrição, que nunca teve início;

b) Também não estão presentes os requisitos para que as condutas praticadas pelos agentes estatais em tela sejam beneficiados pela denominada Lei de Anistia (Lei n.º 6.683/1975), mesmo tendo em conta a decisão proferida pelo STF nos autos da ADPF 153/DF; e

c) Mesmo que se considere, tendo em conta apenas o Direito Interno, que os fatos em discussão tenham sido alcançados pela prescrição, as condutas imputadas aos denunciados constituem crimes de lesa-humanidade e não podem deixar de ser punidas com fulcro em causas extintivas da punibilidade como a prescrição e a anistia.

Demonstrados os argumentos anteriores, tem-se que a inicial narrou conduta grave e permanente, que sequer cessou até os dias de hoje, sobre a qual, portanto, não se operou a prescrição ou qualquer outra causa extintiva da punibilidade. Por essa razão, deve o presente recurso ser recebido e, no mérito, totalmente provido.

Nesse norte, a decisão recorrida deve ser reformada, para que seja afastada a causa extintiva da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

punibilidade relacionada à prescrição, dando-se o devido prosseguimento ao feito, como se verá a seguir.

III - DA FUNDAMENTAÇÃO

III.1. Do equívoco quanto à natureza do crime de ocultação de cadáver e conseqüente erro quanto à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal

Como mencionado, o Juízo recorrido declarou extinta a punibilidade dos acusados, nos termos do artigo 107, IV, do Código Penal c.c. o artigo 397, IV, do Código de Processo Penal.

Em razão do acolhimento da preliminar de prescrição, a autoridade sentenciante sequer chegou a apreciar o mérito da causa em tela e impediu a ultimação da instrução processual.

Contudo, para concluir pela incidência da referida causa extintiva, *data venia*, o julgador fundou-se em premissas errôneas e, em o fazendo, chegou a um desfecho também equivocado.

Com efeito, é possível ler da r. sentença que:

“O tipo penal do art. 211 do CP é composto, pois descreve 3 (três) tipos de condutas voltadas a garantir o respeito aos mortos (objeto jurídico de proteção da norma penal). Assim,



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

destruir, subtrair ou ocultar cadáver são condutas que implicam no tipo penal do art. 211, sem que haja discriminação quanto à pena para quaisquer das condutas.

Analisando os núcleos do tipo, pode-se chegar a uma injustiça quanto à análise da prescrição, caso se modifique a natureza jurídica da conduta praticada (instantânea para uma e permanente para outra). De fato, a conduta de destruir um cadáver de nítido caráter instantâneo, teria sua prescrição iniciada a partir da destruição do caráter (sic), conduta de natureza irreversível; já a ocultação do cadáver, com possibilidade de reversão da medida (devolução do corpo) não teria a prescrição iniciada, enquanto não localizado o corpo.

No exemplo acima, a persecução penal seria mais grave para o sujeito que ocultou o cadáver, em relação ao que destruiu, o que é um contrassenso já que o objeto da norma é proteger o morto (cadáver) (sic).

Assim, adoto o entendimento de que a ocultação de cadáver possui efeitos permanentes, mas é um crime instantâneo, cuja consumação se dá a partir do momento em que o cadáver está desaparecido, logo, no caso dos autos, em janeiro de 1972.

A prescrição é um instituto que visa a garantir a segurança jurídica das relações sociais, impedindo que o Estado exerça a persecução penal a qualquer tempo.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Considerando que os fatos ocorreram há mais de 40 anos, **reconheço** a prescrição, decretando a **extinção da punibilidade dos réus.**" (negrito no original)

Pois bem. Para facilitar a análise dos argumentos e demonstrar o equívoco da decisão recorrida, os argumentos serão tratados em tópicos distintos: a) Do caráter permanente da conduta de ocultação de cadáver; b) Do bem jurídico tutelado; c) Da suposta "injustiça" da equiparação entre as condutas de "ocultar" e "destruir" cadáver; d) Da maior gravidade da conduta de ocultar cadáver. Em todos eles, conforme se verificará, ficará demonstrada a necessidade de revisão da decisão, por qualquer ângulo que a questão seja enfrentada, em razão de o Magistrado *a quo* ter se equivocado quanto às premissas adotadas.

Antes, porém, vale destacar, como leciona Zaffaroni e Pierangeli, que a interpretação do Direito Penal Moderno deve estar voltada sobretudo à realização dos Direitos Humanos e que este vetor deve guiar o intérprete e aplicador:

"(...) a necessidade de uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos. As soluções interpretativas concretas não podem ficar fora do contexto total do sistema e devem buscar fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização. (...) Faz do saber penal um saber comprometido com os Direitos Humanos e, portanto, um saber não asséptico, mas ideologicamente vinculado ao aumento do



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

espaço social de todos os participantes da sociedade. Para isto se faz necessário reconhecer que o direito penal sempre 'aspira', 'tende', 'procura', mas não realiza magicamente, posto que esta realização deve ser alcançada mediante a interpretação adequada que, munida do dado real, proponha à jurisprudência soluções concretas e coerentes com o marco geral dos objetivos do direito penal (...). Para esta tarefa, não será necessário recorrer a normas 'supralegais' e menos a um arbitrário 'direito natural', que pode chegar a ser aberrante, diante da incompatível pluralidade de versões. A consciência jurídica universal se acha plasmada em instrumentos positivos que fazem parte do direito interno, cujas normas permitem e obrigam a uma reelaboração teórica do saber penal que as abarque e nelas se assente com incorporação dos dados reais"¹

Feita essa observação inicial, passemos a analisar, separadamente, os argumentos que fundamentam a decisão guerreada.

III.1.1. Do caráter permanente da conduta de ocultação de cadáver

Deve-se destacar que o delito de ocultação de cadáver, em sua modalidade ocultar, é **crime permanente**. Isto se justifica porque a consumação do delito se protraí no tempo, enquanto assim for a vontade do agente. Estes, portanto, são os dois elementos que caracterizam o delito como

¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 3ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 83



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

permanente.

De acordo com a precisa lição de Bittencourt²:

“Permanente é aquele crime cuja consumação se alonga no tempo, dependente da atividade do agente, que poderá cessar quando este quiser (cárcere privado, sequestro). Crime permanente não pode ser confundido com crime instantâneo de efeitos permanentes (homicídio, furto), cuja permanência não depende da continuidade da ação do agente”.

Da mesma forma, tratando da diferença entre o *delito permanente* e o *instantâneo de efeitos permanentes*, o Ministro Cezar Peluso assim lecionou:

“É o momento da consumação do delito que lhe dita caráter instantâneo ou permanente. No crime instantâneo, o fato que, reproduzindo o tipo, consoma o delito, realiza-se num só instante e neste se esgota, podendo a situação criada prolongar-se no tempo, ou não. **No permanente, o momento da consumação é que se prolonga por período mais ou menos dilatado, durante o qual se encontra ainda em estado de consumação.** Não se deve, pois, confundir a execução mesma do crime com a sua consequência: esta, como a situação criada pela conduta delituosa, pode prolongar-se depois da consumação instantânea, mas aí, o que dura – e, como tal se diz

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: parte geral*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

permanente – não é o delito, mas seu efeito. É esta, aliás, a clara razão por que, neste caso, em que perdura só a consequência, se tem o chamado *crime instantâneo de efeito permanente*, que difere do crime permanente, porque, neste, é o próprio momento consumativo, e não o efeito da ação, que persiste no tempo (...). **Nota característica do crime permanente é a possibilidade de o agente fazer cessar, a qualquer tempo, a atividade delituosa, porque o estado de consumação persiste e continua indefinidamente, até que ato do agente ou outra circunstância a faça cessar. No caso de crime instantâneo, ainda que de efeitos permanentes, a consumação ocorre em determinado instante, após o qual já não pode fazê-lo cessar o agente**".³

No mesmo sentido, ao diferenciar o crime permanente do crime instantâneo de efeitos permanentes, Francisco de Assis Toledo afirma que no crime permanente "o momento consumativo é uma situação duradoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (sequestro, cárcere privado, usurpação de função pública)", enquanto o crime instantâneo de efeitos permanentes é aquele "em que não a conduta do agente, mas apenas o resultado da ação é permanente".⁴

Também Aníbal Bruno apontou:

³ STF, HC 82965 (Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008.

⁴ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 147.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

“Pode a situação por ele [crime instantâneo] criada prolongar-se depois da consumação, como acontece no furto. **Mas aí o que é permanente é o efeito, não a fase da consumação.** Fala-se, então, em *crime instantâneo de efeito permanente*”⁵

No caso dos autos, a conduta imputada foi a prevista na parte final do art. 211 do Código Penal, ou seja, “**ocultar** cadáver ou parte dele”. Ocultar significa esconder, dissimular. Assim, não há dúvida, portanto, que a conduta delitativa - e não apenas o efeito - se protraí no tempo, violando o bem jurídico de maneira contínua. Voltaremos ao tema do bem jurídico em tópico próprio. Por ora, o que é relevante destacar é que a conduta - e a lesão ao bem jurídico, conforme será visto - é que é permanente - e não apenas o efeito por ela realizado. Enquanto o agente não apontar onde se encontra o corpo, a conduta de ocultar estará presente. Não se pode imaginar que o passar do tempo faça cessar a conduta de ocultar, de dissimular.

Ademais, confirma a configuração de delito permanente o fato de os agentes - ora recorridos - poderem fazer cessar a qualquer momento a conduta delitativa. Para tanto, basta aos recorridos indicar o paradeiro atual do corpo de Hiroaki Torigoe e permitir que seus familiares lhe prestem o devido luto.⁶

⁵ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 220.

⁶Nem se alegue que o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL deveria, caso realmente se tratasse de delito ainda em consumação, prender em flagrante o agente. A questão da prisão ou não em flagrante em nada refuta a argumentação feita. Seria claramente cabível a prisão em flagrante no caso dos imputados. Porém, de nada adiantaria realizá-la, pois, conforme ensina a doutrina e o que foi reforçado pela Lei 12.403, a prisão em flagrante é medida precauteladora - ou seja, sua finalidade essencial é, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, permitir a posterior decretação da prisão preventiva. Seria medida inócua prender os imputados para logo em seguida soltá-los, por ausência dos fundamentos para a prisão preventiva.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Analisando a lição supratranscrita, não há dúvidas de que o crime apurado no feito em tela se amolda perfeitamente ao conceito de crime permanente, já que a ocultação do cadáver de Hiroaki Torigoe persiste até os dias de hoje e bastaria a vontade dos agentes criminosos para que esse fato fosse esclarecido.

Justamente em razão da possibilidade de a conduta delitativa - que se projeta no tempo - poder cessar a qualquer momento é que se justifica que a contagem do prazo prescricional inicie apenas com a cessação da permanência. Nesse sentido, enquanto o agente perseverar na conduta antijurídica, a conduta está sendo praticada, a justificar que o início da contagem da prescrição flua apenas com a cessação da conduta delitativa.

Desse modo, não pode a ocultação de cadáver ser classificada como delito instantâneo de efeitos permanentes. Esta espécie se dá quando a permanência não depende da continuidade da ação do agente - são os efeitos permanentes e não a conduta delitativa. Como se vê, a descrição do que seja delito instantâneo de efeitos permanentes é exatamente o contrário do que ocorre no feito em apreço. No caso em análise, a cessação da permanência depende apenas da vontade dos agentes recorridos em dizer onde o corpo está, o que não ocorreu até os dias de hoje.

Assim, em síntese, os dois elementos imprescindíveis para a caracterização de um crime permanente (repita-se: 1) consumação se prolongar no tempo; 2) vontade do



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

agente ser determinante deste prolongamento) estão presentes no caso, a confirmar que se trata de delito permanente.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina confirmam que a conduta de ocultação de cadáver - na modalidade "ocultar" - é permanente.

Vejamos.

Guilherme de Souza Nucci afirma que o delito descrito pelo artigo 211 do Código Penal, é "instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), salvo na modalidade ocultar, que é permanente (delito de consumação prolongada no tempo). Ocultar significa esconder, sem destruir, razão pela qual se sujeita ao prolongamento⁷". (grifo nosso).

Este é também o entendimento de Rogério Greco. Nesse sentido:

"O delito de ocultação de cadáver figura entre aqueles em que a permanência do proceder criminoso do agente vai até o momento em que a infração se torna conhecida, com a exumação e trasladação do corpo da vítima para o jazigo público"⁸.

Também nessa linha a jurisprudência dos Tribunais Superiores. O STF já decidiu expressamente nesse

⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 958.

⁸GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008, p.897.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

sentido:

HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA MENOR, COM QUATRO ANOS DE IDADE, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORAS E AGRAVANTES. 1. **Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, crime de ocultação de cadáver. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido.** Crime consumado, que pode ser apenado em concurso com o de homicídio. (...) (STF - HC 76678, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 29/06/1998, DJ 08-09-2000 PP-00005 EMENT VOL-02003-03 PP-00434)

No mesmo sentido é a posição do STJ:

RECURSO ESPECIAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DELITO PERMANENTE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. I - **O crime previsto no art. 211 do**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

Código Penal, na forma oacular, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver após atingida a maioria, o agente deve ser considerado imputável para todos os efeitos penais, ainda, que a ação de ocultar tenha sido cometida quando era menor de 18 anos (Precedentes). II - A questão referente a revogação da prisão preventiva não foi objeto de debate na e. Corte de origem, sequer tendo sido opostos embargos de declaração para ventilar a matéria, o que acarreta o não conhecimento do apelo à minguada do imprescindível prequestionamento (Súmulas nºs 282 e 356 do Pretório Excelso). Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (STJ-REsp 900509/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 287)

Das premissas lançadas conclui-se que o delito de ocultação de cadáver, em sua modalidade "ocultar", é delito permanente. Como conclusão, aplicável o art. 111, inc. III, do Código Penal, que dispõe:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:

I - do dia em que o crime se consumou;

II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;

III - **nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;**

IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

conhecido.

No caso dos autos, nada obstante a conduta tenha se iniciado há mais de quarenta anos, até a presente data ainda não cessou. Assim sendo, não se iniciou a prescrição, nos termos do art. 111, inc. III, do Código Penal.

Desde logo, portanto, a decisão "a quo" negou vigência ao art. 111, inc. III, e ao art. 211, ambos do Código Penal, o que fica desde logo **PREQUESTIONADO**.

III.1.2. Do bem jurídico tutelado

Deve-se destacar que também a análise do bem jurídico protegido pelo artigo 211 do Código Penal confirma que o delito de ocultação de cadáver deve ser considerado crime permanente.

Inicialmente, com a devida vênia, cabe salientar que a decisão vergastada cai em contradição ao mencionar, primeiro, que o delito denunciado teria como bem jurídico tutelado o respeito aos mortos e, por fim, que o bem protegido pela norma seria o cadáver. Essa última assertiva é equivocada.

O delito previsto no art. 211 está localizado no título V do Código Penal, intitulado "Dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos",



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

no capítulo II, intitulado "Dos crimes contra o respeito aos mortos". Nessa linha, de acordo com Luiz Regis Prado⁹, no caso do crime de ocultação de cadáver:

"O bem jurídico protegido é o sentimento de respeito aos mortos. (...) Sujeitos passivos são a coletividade e em especial a família do morto."

No mesmo sentido são os entendimentos esposados por Nucci¹⁰ e Rogério Greco.¹¹ Segundo esses respeitadores doutrinadores, respectivamente: "*O objeto jurídico é o respeito aos mortos.*" e "*(...)o bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 211 do diploma repressivo é o sentimento de respeito aos mortos, isto é, à sua memória*" .

Destarte, o delito em exame não pode, em hipótese alguma, ser considerado crime contra o cadáver, pois este nada mais é do que objeto material do crime. O cadáver não pode ser considerado titular de bem jurídicos, por não ser mais considerado, juridicamente, pessoa. Somente esta é passível de ter maior ou menor violação em sua integridade física, moral ou psicológica¹². Portanto, diversamente do que expõe o julgador em sua fundamentação, nunca será possível dizer que o objeto protegido pela norma incriminadora em

⁹PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Volume 2: Parte especial: arts. 121 a 249. 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.958.

¹¹ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008, p.897

¹² Nesse sentido: HC 200901684262.STJ,Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. DJE 17/05/2011.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

questão é o morto (cadáver).

Além disso - e o que é mais relevante no ponto - o tipo penal do art. 211 do Código Penal -, sobretudo na modalidade "ocultar" - tutela bem jurídico de estatura constitucional, o direito ao luto. Para os familiares o que é essencial é a presença do corpo, justamente para permitir o sepultamento e o exercício do direito ao luto.

O direito ao luto deve ser entendido como a possibilidade de exercício do luto, ou seja, como um rito social de lembrança, a realçar a ausência de alguém que se perdeu, fornecendo publicidade à saudade do desaparecido, conforme assevera Inês Soares¹³.

Não se pode perder de mira que o corpo é essencial para que se possa permitir o exercício do direito ao luto pelos familiares, uma das manifestações culturais mais perpetradas pelo ser humano no curso de sua história, retratada na tragédia grega por Sófocles¹⁴.

Mas além do aspecto individual, também se pode verificar uma feição coletiva ao luto, pois o evento morte sempre afeta e desestabiliza a comunidade, em maior ou menor grau. Desse modo, a tutela jurídica do luto busca

¹³ SOARES, Inês Virgínia Prado. Memória democrática e desaparecidos políticos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 330.

¹⁴Sófocles relata a história de Antígona, que luta com a própria vida contra Creonte e contra "a lei dos homens" para exercitar a tradição de poder enterrar e assegurar a seu irmão, Polinices, os ritos sagrados, uma vez que Creonte determinara que este teria seu corpo largado a esmo, sem direito de ser sepultado, deixado às aves de rapina e aos cães, proibindo aos cidadãos que o encerrassem em um túmulo e sobre ele derramassem suas lágrimas. SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. Donaldo Schüler. Porto Alegre: L&PM, 1999.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

resguardar a memória coletiva e o sentimento de fragilidade da vida humana, especialmente diante da onipotência e onipresença de um Estado autoritário. No caso brasileiro, a convivência da sociedade com o luto inacabado e com o legado de medo bloqueia a possibilidade de reformulação da memória coletiva a partir de uma óptica democrática, impedindo que a sociedade reflita sobre a tortura e a morte ocorridas¹⁵. Assim, o luto aparece como direito cultural e como bem cultural coletivo, amparado pelo ordenamento jurídico e pela Constituição da República.

Assim, é obrigação do Estado de fornecer meios para proteger o luto. Nesse sentido, mais uma vez leciona Inês Soares:

“O papel do Estado como protetor dos bens culturais vai além de garantir formalmente a liberdade do ritual fúnebre e do luto. É dever do Estado, nos termos dos arts. 215 e 216 da Constituição, o fornecimento dos meios para que a manifestação cultural de despedida dos mortos e da vivência da dor da perda sejam exercidos pelos residentes em território brasileiro”¹⁶

Assim, o direito ao luto, com seus desdobramentos, também é objeto de proteção pelo art. 211 do Código Penal, sobretudo em sua modalidade “ocultar”.

¹⁵SOARES, Inês Virgínia Prado. Ob. cit., p. 322/323 e 330.

¹⁶SOARES, Inês Virgínia Prado. Ob. cit., p. 326.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Bem analisado o bem jurídico, deve-se retomar a questão dos delitos instantâneos ou permanentes, para efeito de demonstrar o outro erro em que incorreu o juízo prolator da decisão recorrida.

Conforme já ressaltado, uma das características do delito permanente é que a lesão ao bem jurídico é ininterrupta, não cessando a conduta antijurídica, por vontade do agente. Ao contrário, no caso do delito instantâneo, mesmo o de efeitos permanentes, a lesão ao bem jurídico é realizada por uma conduta momentânea, que cessa, não se podendo falar em lesão permanente ao bem jurídico.

Considerando que o Direito Penal surge como instrumento necessário para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade, em face das lesões mais graves, não há como negar que a a contínua lesão ao bem jurídico, por vontade do agente, também justifica que o início do lapso prescricional seja procrastinado para a cessação da conduta. Enquanto o agente estiver lesando o bem jurídico, por vontade própria, não há que se falar em início do curso do lapso prescricional, uma vez que o bem jurídico está sendo objeto de violação permanente. Por outro lado, no caso do delito instantâneo, a lesão é pontual, não havendo contínua violação ao bem jurídico.

Assim, também pelo ângulo do bem jurídico, justifica-se a distinção de tratamento entre o delito instantâneo e o permanente no tocante ao início do lapso prescricional.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

Do contrário, o magistrado, ao equiparar situações em que a lesão ao bem jurídico é permanente - como no caso da ocultação de cadáver - com situações em que essa lesão é instantânea - a destruição do cadáver - está estabelecendo uma **desproteção ao bem jurídico, permitindo que fique sem proteção devida, violando o princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva.**

Segundo as posições mais modernas, referido princípio possui um duplo espectro, representado por um âmbito negativo - de proteção contra o excesso - e por um âmbito positivo - de proibição de ineficiência.¹⁷ O aspecto negativo, de proibição do excesso, é mais conhecido pela doutrina e muitas vezes é identificado com o próprio princípio da proporcionalidade.

Porém, o princípio da proporcionalidade vai além e não se limita à proteção contra os excessos, em uma visão meramente negativa. Conforme afirma Luiz Virgílio Afonso da Silva, "conquanto a regra da proporcionalidade ainda seja predominantemente entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a sua utilização para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais".¹⁸

¹⁷ Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29.01.2014.

¹⁸ DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 91, nº 798, abril de 2002, p. 27



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Assim, dentro desse contexto de proteção objetiva dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade passa a ser visto também como "proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*)".¹⁹ Em outras palavras, o Poder Público somente estará observando o princípio da proporcionalidade quando, de um lado, não estipular restrições inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais aos direitos fundamentais - vertente negativa - e de outro haja uma promoção e uma proteção eficiente e completa dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição - vertente positiva, também chamada de proibição da proteção deficiente. Segundo Luciano Feldens, "em essência, mediante o recurso à proibição da proteção deficiente, pretende-se identificar um *padrão mínimo* das medidas estatais, com vistas a deveres existentes de tutela."²⁰ São, em verdade, duas facetas do mesmo fenômeno. Vale destacar, inclusive, que o STF já reconheceu em diversas oportunidades a proibição da proteção deficiente como aspecto positivo do princípio da proporcionalidade.²¹

Assim, desde logo fica **PREQUESTIONADA** a violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, em

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. cit.

²⁰FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 83

²¹ O Ministro Gilmar Mendes expressamente fez menção à proibição da proteção deficiente no RE 418376 (j. 09.02.2006) e na ADIN 3112 (j. 26.10.2007). Também se utilizou como fundamento na ADI 1800/DF (j. 11/06/2007), Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Ricardo Lewandowski, afirmando que o Estado deve intervir para proteção eficaz dos hipossuficientes, especialmente no tocante aos direitos de cidadania. Também na ADIN 3510 (j. 29.05.2008), em que era questionada a legitimidade da Lei 11.105/05, células tronco, conforme votos Celso de Mello e Gilmar Mendes.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

sua vertente positiva, que deflui do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da Constituição).

Ademais, equiparar, conforme fez a sentença guerreada, as condutas de "ocultar" e "destruir" cadáver, com força na assertiva de que aquela conduta ("ocultar") seria menos grave que essa ("destruir"), pois haveria a possibilidade de reversão da medida - devolução do corpo - no caso da ocultação, ao contrário da destruição, é desconsiderar, mais uma vez, o bem jurídico tutelado pela norma.

Em verdade, a decisão do magistrado se baseia no falso pressuposto de que o objeto jurídico da norma seria proteger o morto, ou seja, o cadáver, argumentando, assim, que a conduta de destruir um cadáver seria mais grave que a de ocultá-lo.

Porém, conforme visto, o bem jurídico não é o cadáver - mero objeto material -, mas sim o direito ao luto, sobretudo dos familiares. Sob esse ângulo, no caso da destruição de cadáver, os familiares tiveram acesso ao corpo - mesmo que destruído - e puderam cumprir o doloroso, mas essencial, processo de luto. Ao contrário, no caso da ocultação, esse processo de luto se perpetua de maneira indefinida, transformando-se em verdadeira tortura para seus familiares, que nunca chegam a ter encerrado esse processo, tal qual uma ferida que nunca cicatriza. Assim, falta uma tripla condição: falta um corpo, falta um momento de luto e



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

falta uma sepultura.²² Em outras palavras, o magistrado, ao considerar a conduta de destruição de cadáver mais grave que a de ocultação, acabou por desconsiderar o bem jurídico tutelado, caindo, mais uma vez, em situação de desproteção ao bem jurídico.

Assim, também sob esse aspecto a decisão recorrida mais uma vez estabeleceu uma desproteção ao bem jurídico tutelado. Mais uma vez fica **PREQUESTIONADA** a violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, em sua vertente positiva.

III.1.3. Da suposta "injustiça" da equiparação entre as condutas de "ocultar" e destruir" cadáver

O magistrado "a quo", ao fundamentar a decisão, assevera que "haveria injustiça quanto à análise da prescrição". Afirma, em apertada síntese, que, ao comparar a conduta de destruir o cadáver - delito instantâneo - com a de ocultar - delito permanente -, "a persecução penal seria mais grave para o sujeito que ocultou o cadáver, em relação ao que destruiu, o que é um contrassenso já que o objeto da norma é proteger o morto (cadáver) (sic)". Conclui, portanto, que o crime de ocultação de cadáver seria instantâneo de efeitos permanentes, sob pena de haver injustiça entre as situações.

Em relação ao equívoco quanto ao bem jurídico, tratamos no tópico anterior. Nesse passo, é

²²TELES, Janaina de Almeida. Entre o luto e a melancolia: a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaina de Almeida (org.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil, volume I*. São Paulo; Aderaldo & Rothschild Editores, 2009, p. 154.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

importante ressaltar o equívoco do raciocínio constante da decisão guerreada.

Inicialmente, pelo que se infere da decisão "a quo", buscou-se aplicar uma certa suposta *analogia in bonam partem* no tocante à prescrição.

Porém, não é o caso.

Como é sabido, a analogia somente pode ser aplicada caso presentes dois pressupostos fundamentais: a) que a lei seja omissa²³; b) que haja semelhança entre as situações. Porém, nenhuma das duas situações se encontram no presente caso.

Inicialmente, é claro que o início do curso do lapso prescricional está tratado, em relação ao crime permanente e ao crime instantâneo, em dispositivos diversos. O primeiro, no inc. III do art. 111, enquanto o segundo no art. 111, inc. I, ambos do Código Penal. Não há, portanto, que se falar em omissão.

Não bastasse, inexistente semelhança entre o crime permanente e o crime instantâneo que justifique a aplicação da analogia. O que parece é que o julgador confundiu o prazo de prescrição com o início de seu curso. Porém, são institutos diversos, com racionalidades distintas.

²³ O art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942) dispõe: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Embora o legislador tenha estabelecido o prazo de prescrição de maneira proporcional à quantidade da pena, nos termos do art. 109 do Código Penal, o termo inaugural da prescrição - ou seja, seu termo *a quo* - baseia-se em outra racionalidade. O legislador, ao estabelecer o começo da prescrição, baseia-se no grau de execução material do crime e a forma como se reveste a atividade delituosa.²⁴

Assim, o magistrado *a quo* confundiu os motivos justificadores de cada um dos institutos: o lapso da prescrição - esse realmente o mesmo para cada delito, de acordo com a sua gravidade - e o termo inicial do lapso prescricional - que se baseia, conforme dito, em questões relacionadas à execução material do delito e a sua forma de execução. Tanto são conceitos distintos, com finalidades diversas, que se encontram em dispositivos penais apartados (art. 109 e art. 111, ambos do Código Penal).

Poderia haver sentido em aplicar o princípio da analogia *in bonam partem* caso o legislador tivesse estabelecido lapsos diversos de prescrição para delitos de exata gravidade.

Porém, o raciocínio não se aplica da mesma forma quando estamos tratando do *início do prazo prescricional*. Nesse caso, o legislador guia-se por outros critérios. O termo inicial do lapso prescricional irá variar de acordo com a forma de cometimento da atividade. Especificamente, para o que nos interessa - no caso do crime

²⁴CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. v. IV. Forense: Rio de Janeiro, 1958, p. 306.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

permanente - o termo inicial do prazo prescricional somente flui da cessação da conduta por um motivo claro: o agente está cometendo o delito, de maneira permanente, não tendo cessado a conduta por vontade dele, que pode cessá-la a qualquer momento.

Justamente em razão da possibilidade de a conduta delitiva - que se projeta no tempo - poder cessar a qualquer momento é que se justifica que a contagem do prazo prescricional inicie apenas com a cessação da permanência. Nesse sentido, Basileu Garcia leciona que é exatamente o fato de o agente perseverar na conduta antijurídica que justifica o início da contagem da prescrição apenas com a cessação da conduta delitiva:

“No crime permanente, o procedimento criminoso se faz sentir, por vontade do agente, depois de consumada a infração. Por exemplo: o agente pode libertar a vítima do sequestro, e não o faz. A prescrição contar-se-á do dia em que, cessando para o sujeito ativo esse poder de disposição, termine a sua ofensa ao direito”.²⁵

No caso do crime permanente - em que, conforme visto, a conduta delitiva permanece no tempo - o termo inicial da prescrição somente se inicia com a cessação da permanência. Por outro lado, nos crimes instantâneos ou instantâneos de efeitos permanentes, a fluência do prazo prescricional se inicia com a própria conduta. Repita-se: o

²⁵GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, tomo II. 5ª ed. Editora Max Limonad: São Paulo, 1980, p. 791.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

legislador, nesse caso, tem em mente um critério diverso. E este critério está completamente de acordo com as finalidades da prescrição.

Embora a doutrina seja bastante divergente quanto aos fundamentos que levaram ao estabelecimento da prescrição, é certo que, enquanto pendente a conduta delitativa, não há razão para que inicie a fluência do prazo prescricional, por qualquer fundamento que se eleja. Realmente, enquanto a conduta está sendo praticada, por vontade do agente, não há inércia do Estado, não há risco de condenações injustas pelo fluir do tempo, não há mudança no caráter do agente (sim, porque se houvesse, o agente cessaria a conduta delitativa...). Ou seja, enquanto a conduta está sendo praticada, de maneira permanente, não há qualquer motivo para que a prescrição comece a fluir, seja qual for o fundamento que se atribua à prescrição. Isto porque, conforme ensina Aloysio de Carvalho Pinto, no crime permanente "o estado violador da lei se prolonga sem intervalos, numa direção, digamos assim, sem colapsos e sem limites, e a qualquer momento o crime está sendo cometido, porque esse ininterrupto estado antijurídico é que é, exatamente, o crime".²⁶ Este raciocínio, ao contrário, não se aplica no caso do crime instantâneo de efeitos permanentes, para o qual o lapso prescricional já flui com a consumação do crime.

Ademais, no caso específico dos autos, a conduta permanente de *ocultar* possui termo inicial do lapso prescricional distinto da conduta instantânea de efeitos

²⁶ Idem, p. 369.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

permanentes ligada ao verbo *destruir*). Em ambos os casos o lapso prescricional é exatamente o mesmo. A diferença está apenas no *termo inicial da prescrição*, que pode claramente ser diferente, mesmo para um único crime, justamente porque a circunstância de o crime ainda estar sendo cometido justifica esse *discrímen*.

Vejam-se, por exemplo, os chamados crimes *eventualmente* permanentes, como o delito de furto. Esse delito, quando cometido de forma instantânea (subtração na rua, por exemplo), tem o curso do lapso prescricional iniciado com a cessação da conduta. Por outro lado, se este mesmo delito for cometido de maneira permanente - como o delito de furto de energia elétrica - o lapso prescricional será diverso. Não há qualquer inconstitucionalidade nesse tratamento, justamente porque há uma razão clara de *discrímen* entre as situações: em um caso a conduta permanece antijurídica, por vontade do agente, e, no outro, a conduta já cessou a sua antijuridicidade.

Às vezes uma conduta instantânea pode até ser mais grave que outra permanente ou vice-versa. Embora isto possa interferir no prazo da prescrição, não interfere com o início da lapso prescricional. Assim, para mantermos no exemplo já citado, um furto instantâneo contra uma pessoa que está em situação de miserabilidade pode ser muito mais grave, ontologicamente, do que um delito de furto de energia, de uma pessoa necessitada, em face de uma empresa de grande porte. Mesmo que o delito instantâneo seja mais grave, isto não impedirá o lapso da prescrição de iniciar-se com a cessação da



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

conduta, enquanto no caso do delito permanente - menos grave - o lapso prescricional fluirá apenas com a cessação da conduta. Esse singelo exemplo demonstra que o termo inicial do lapso prescricional não leva em considerações questões de gravidade do delito, mas sim as características do delito.

Se esse raciocínio se aplica para idênticos crimes, com muito maior razão se aplica para tipos mistos alternativos, em que condutas distintas são colocadas em um mesmo tipo penal.

Realmente, o artigo 211 do Código Penal é tipo misto alternativo, ou seja, prevê a consumação de delito com a prática de qualquer ou todas as condutas ali descritas. No caso, as condutas de *ocultar* e *destruir* são autônomas. Nada impede que cada conduta possua um termo inicial diverso, pelos motivos já elencados: um delito é permanente e o outro é instantâneo.

Caso o raciocínio do Magistrado *a quo* fosse realmente correto, deveria, da mesma forma, com o fito de evitar possíveis injustiças, igualar todas as naturezas jurídicas das condutas previstas, por exemplo, no artigo 33 da Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006) - que também é um tipo misto alternativo que prevê condutas permanentes e instantâneas.

Contudo, em nenhum momento, se cogita ou se cogitou alterar a natureza jurídica da conduta de "manter em depósito" drogas, que é de natureza permanente, para que não haja injustiça, *v.g.*, em comparação com o crime de "oferecer"



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

drogas, delito instantâneo, que causa, a nosso ver, maior lesão à sociedade do que a primeira.

Da mesma forma, a levar ao extremo o raciocínio do julgador, seria inconstitucional que o delito de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil tivesse termo inicial da prescrição mais longo que o delito de homicídio. Nitidamente este delito é mais grave que aquele, mas a prescrição pode começar a fluir para o homicídio muito antes (com a sua consumação) do que para o delito de adulteração do assentamento (cujo termo inicial é a data em que o fato se tornou conhecido). Assim, um delito de falsificação de assento pode ser punido mesmo que quarenta anos após o seu cometimento, enquanto isso, em geral, o mesmo não pode ocorrer com o homicídio. Não há nisso qualquer inconstitucionalidade, pois o legislador atuou dentro de sua margem de discricionariedade permitida, estabelecendo um termo inicial distinto em razão do que Nelson Hungria chamava do "caráter dissimulado" da conduta.

Assim, confirma-se que o legislador baseou-se em critério e racionalidades distintas da gravidade do delito ao prever, no art. 111, termos iniciais diversos. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade no caso, mesmo que a gravidade entre os delitos seja igual ou semelhante.

Isto tudo para comprovar que o *termo inicial da prescrição* não é benefício ou favor ao agente, mas sim decorrência da forma de seu cometimento e da permanência



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

da conduta e da lesão ao bem jurídico, estabelecida pelo legislador dentro de sua margem de atuação.

Assim, equivocou-se o magistrado em utilizar a analogia para situações completamente distintas. Violou não apenas o princípio da legalidade, estabelecido no art. 5º, inc. II, da Constituição da República, mas também o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942), o que fica desde logo **PREQUESTIONADO**.

De outro giro, o Magistrado *a quo*, em seu raciocínio, acabou por atuar como legislador positivo, equiparando situações que são totalmente diversas e desconsiderando as razões de política criminal que estavam por trás do art. 111 do Código Penal.

Fica evidente que o Magistrado violou o princípio da Separação de Poderes, ao "modificar" a característica própria de um delito - de natureza permanente - para aplicar os efeitos de um crime instantâneo de efeitos permanentes, por suposta injustiça no tocante à prescrição.

Porém, não caberia ao julgador dizer se esta ou aquela conduta mereceria ter um lapso prescricional maior ou menor, eis que esse trabalho incumbe e foi desempenhado pelo legislador ao elaborar o preceito secundário da norma do artigo 211 e a intervenção do Judiciário nessa questão culminaria em grave violação à Separação dos Poderes. Não há, ademais, qualquer inconstitucionalidade que justificasse o raciocínio do magistrado, por suposta violação



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

ao princípio da isonomia, uma vez que há nítida e clara razão para distinguir as situações do crime permanente e do crime instantâneo.

Ademais, não pode o Judiciário equiparar o termo inicial do lapso prescricional do crime instantâneo ou permanente em afronta aos dispositivos legais - sem que haja inconstitucionalidade nesse ponto - sobretudo com base em valorações de suposta "justiça" ou "injustiça" das decisões.

Tais alegações de injustiça não podem, portanto, servir de fundamento para que o juízo altere a real natureza jurídica do delito de ocultação de cadáver, que é, em sua essência, delito permanente, que se protraí no tempo até que o destino do corpo seja conhecido.

Ao fazê-lo, está nitidamente atuando como legislador positivo, equiparando situações distintas, o que, como é sabido, não se pode admitir.²⁷

Assim, fica desde logo **PREQUESTIONADA** a violação ao princípio da Separação de Poderes, previsto no art. 2º, da Constituição da República, e a consequente vedação ao magistrado para atuar como legislador positivo.

²⁷O STF já decidiu que o Poder Judiciário não pode exercer a função de legislador positivo. Veja, nesse sentido: "Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de Lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 - RTJ 143/57 - RTJ 146/461-462 - RTJ 153/765 - RTJ 161/739-740 - RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes." (STF, RE-AgR 322.348/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 6.12.2002, p. 74).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

III.1.4. Da maior gravidade da conduta de ocultar cadáver.

Mesmo que a valoração acerca do termo inicial de uma conduta recaísse sobre a autoridade judicial - o que se faz apenas por argumentação -, deve-se ressaltar que a ocultação de cadáver é, sim, delito mais grave que a destruição.

À luz do bem jurídico, a conduta de "ocultar" cadáver certamente é mais grave para os familiares do que aquela de "destruir" o cadáver. Isto porque o bem jurídico - que não é o *corpo*, mas o direito de os familiares velarem e exercerem o luto, conforme visto - continua a ser lesado enquanto os familiares são privados do corpo e do direito de velar seus mortos. Em outras palavras, o corpo destruído, ao ser entregue aos familiares, permite o exercício do direito ao luto, o que não ocorre no caso da conduta de ocultar.

Dessa forma, no caso da destruição de cadáver, os familiares tiveram acesso ao corpo - mesmo que destruído - e puderam cumprir o doloroso, mas essencial, processo de luto. Ao contrário, no caso da ocultação, esse processo de luto se perpetua de maneira indefinida, transformando-se em verdadeira tortura para seus familiares, que nunca chegam a ter encerrado esse processo, tal qual uma ferida que nunca cicatriza. Assim, falta uma tripla condição: falta um corpo, falta um momento de luto e falta uma



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

sepultura.²⁸ Em outras palavras, o magistrado, ao considerar a conduta de destruição de cadáver mais grave que a de ocultação, também se equivoca à luz do bem jurídico tutelado.

Ademais, equiparar, conforme fez a sentença guerreada, as condutas de "ocultar" e "destruir" cadáver, com força na assertiva de que aquela conduta ("ocultar") seria menos grave que essa ("destruir"), pois haveria a possibilidade de reversão da medida - devolução do corpo - no caso da ocultação, ao contrário da destruição, é desconsiderar, mais uma vez, o bem jurídico tutelado pela norma.

Em verdade, a decisão do magistrado se baseia no falso pressuposto de que o objeto jurídico da norma seria proteger o morto, ou seja, o cadáver, argumentando, assim, que a conduta de destruir um cadáver seria mais grave que a de ocultá-lo.

Assim, esconder e ocultar um cadáver por mais de 40 anos, sem nunca informar seu paradeiro aos entes que nutriam sentimentos pela pessoa morta, é conduta também gravíssima, pois priva os familiares de enterrarem o morto e, com isso, de colocarem fim ao sofrimento de ficar sempre à procura de seu ente querido, em um processo eterno de luto não finalizado. Aliás, é da natureza humana querer que toda história chegue a um fim, mesmo que triste, e, no caso de

²⁸TELES, Janaina de Almeida. Entre o luto e a melancolia: a luta dos familiares de mortos e desaparecidos políticos no Brasil. In: SANTOS, Cecília Macdowell; TELES, Edson; TELES, Janaina de Almeida (org.). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil, volume I*. São Paulo; Aderaldo & Rothschild Editores, 2009, p. 154.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Hiroaki Torigoe, esse desfecho seria o seu enterro, cremação, velório, etc, de acordo com a cultura dos seus familiares.

No caso de Hiroaki Torigoe, isso não foi possível até hoje, e, portanto, há mais de 40 anos, os parentes e amigos deste aguardam por notícias de seu corpo. Certamente, conduta mais grave do que a destruição de cadáver.

III.1.5. Conclusão

Diante do que foi exposto, de rigor o reconhecimento de que o delito de ocultação de cadáver possui natureza permanente e, tendo em conta que ainda não foi cessada a permanência, eis que o cadáver ainda não foi encontrado, sobre essa conduta ainda não se operou a prescrição.

Rechaçados, dessa forma, os fundamentos no sentido de que o crime seria instantâneo de efeitos permanentes, e acolhida a tese de que se trata a ocultação de cadáver de crime permanente, o crime não está prescrito.

Ausente a citada causa de extinção de punibilidade, deve ser reformada a r. sentença recorrida para que seja dada continuidade à ação penal proposta por este órgão ministerial em face dos acusados.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

III.2 Da não incidência da Lei de Anistia em relação aos recorridos no caso concreto

Em respostas à acusação, os ora recorridos invocaram, subsidiariamente à prescrição, a incidência da lei de anistia ao caso em exame, como uma segunda causa de extinção da sua punibilidade, aduzindo, ainda, que a decisão proferida pelo STF, na ADPF n.º 153/DF, confirmando a compatibilidade da citada lei com o ordenamento, seria aplicável à hipótese dos autos.

Assim, a questão da incidência ou não da Lei de Anistia em relação aos atos praticados pelos recorridos, apesar de não ter sido tratada na decisão impugnada, será aqui mencionada para efeito de prequestionamento e por se tratar de matéria de ordem pública, que pode vir à tona por ocasião do exame do recurso em voga pelo Egrégio Tribunal *ad quem*.

Importante invocar, destarte, os efeitos da declaração, em 29 de abril de 2010, pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 153, da constitucionalidade da Lei 6.683/79, a chamada Lei da Anistia.

Quanto a essa decisão, insta consignar que 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"²⁹. Embora não afaste a norma incriminadora,

²⁹JESUS, Damásio de. *Direito penal. Parte geral*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 735-737.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

configura renúncia ao *jus puniendi* estatal quanto a fatos praticados que nela se enquadram. Portanto, envolve perdão e remete ao passado.

Entretanto - a par da questão de ser uma "autoanistia", que não se pode admitir -, o caso em pauta não pode ser abrangido pela anistia concedida pela Lei 6.683/79, já que a conduta ilícita imputada aos denunciados constitui crime permanente³⁰, o que já foi objeto de discussão no item anterior.

Dessa forma, acertada a seguinte ponderação ministerial, e que também se aplica ao caso em tela, manifestada por ocasião do oferecimento da denúncia nos autos de n. 2012.61.81.004204-9. No citado feito, CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e DIRCEU GRAVINA foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 148, §2º, c/c artigo 29, ambos do Código Penal, por privarem ilegalmente a vítima Aluizio Palhano Pedreira Ferreira de sua liberdade, mediante sequestro, crime também de natureza permanente. Vejamos:

(...) a Lei de Anistia editada em 1979 não beneficia os ora denunciados. Isto porque o art. 1º da Lei 6.683/79 limitou a extensão de seus efeitos aos fatos ocorridos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Sendo assim, os delitos permanentes não exauridos antes de 1979 estão fora do âmbito normativo da Lei de Anistia.

³⁰FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Revista de Tribunais, 2007, p. 750.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Uma vez que o crime permanente imputado ao denunciado permaneceu em execução após 1979, está ele excluído do benefício legal, já que extrapolou os limites temporais estabelecidos pela própria *lex mitior*.

A ratio ora invocada, aliás, é a mesma adotada pelo E. Supremo Tribunal Federal, na Súmula 711: “A Lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”.

Especificamente quanto ao caso em tela, até os dias de hoje não é conhecido o paradeiro do corpo de *Hiroaki Torigoe*, não obstante a pesquisa e investigação promovidas para a sua apuração. Por outro lado, tem-se certeza quanto à sua morte, pressuposto lógico para o crime de ocultação de cadáver, bem como são certos e demonstrados os diversos atos praticados pelos acusados, narrados na exordial, para ocultar o seu corpo.

Diante disso e em vista da existência de elementos indicativos da ocultação de cadáver, que se protrai no tempo até os dias de hoje, não é possível afastar, *prima facie*, o dever estatal de persecução penal³¹ por conta da incidência da Lei de Anistia.

³¹ “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.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121).



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Caso contrário, a interpretação estará negando vigência ao próprio art. 1º da Lei de Anistia (Lei 6.683/79), em relação ao seu limite temporal, o que fica desde logo **PREQUESTIONADO**.

Outrossim, o julgamento da ADPF não esgotou o controle de validade da Lei de Anistia, pois atestou a compatibilidade da Lei nº 6.683/79 com a Constituição da República brasileira, mas não em relação ao direito internacional. O STF efetuou o controle de constitucionalidade da norma de 1979, mas não se pronunciou a respeito da compatibilidade da causa de exclusão da punibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro. Ou seja, não efetuou – até porque não era esse o objeto da ação – o chamado “controle de convencionalidade” da norma. Conforme aponta André de Carvalho Ramos:

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

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



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

irretroatividade da lei penal gravior merecem acolhida.

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

(...)

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

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

Como tais teses defensivas não convenceram o controle de convencionalidade e dada a aceitação constitucional da internacionalização dos DH, não podem ser aplicadas internamente.”³²

Desse modo, no que se refere à força cogente e ao caráter vinculante da decisão da Corte IDH (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil), conclui-se que o fato de se dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana - ao que o Brasil se obrigou, em compromisso internacional regularmente

³² André de Carvalho Ramos, “Crimes da Ditadura Militar: a ADPF 153 e a Corte IDH” in Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli (coord.), *Crimes da Ditadura Militar - Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte IDH*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, pp. 217-218.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

introduzido em seu ordenamento jurídico - **não** implica dizer que a decisão da Corte Interamericana seja superior à do Supremo Tribunal Federal ou que se esteja desautorizando a autoridade do sistema de justiça pátrio.

Ademais, não se pode perder de vista que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de São José da Costa Rica"), o que impõe o dever de adotar, no direito interno, as medidas necessárias ao fiel cumprimento das obrigações assumidas em virtude daquele diploma, ressaltando-se que,

"Ao aderir à Convenção e reconhecer a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assume também um compromisso transcendente aos limites do poder soberano interno, qual seja, o de cumprir com as decisões de um órgão jurisdicional não sujeito à sua soberania. Nesta hipótese, supera-se, de forma irreversível, o dogma da soberania absoluta. Ainda assim, se restar alguma dúvida, a própria Corte, na Opinião Consultiva 02/82, afirmou a supremacia das normas de direito internacional de direitos humanos, independentemente de nacionalidade, bem como o princípio da primazia da norma mais favorável à vítima".³³(grifo nosso)

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o tribunal ao qual o Brasil voluntariamente se vinculou e se obrigou a cumprir suas decisões no tocante a graves

³³ CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 102-103.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

violações a direitos humanos aqui ocorridas. Assim fazendo, o País atendeu à nossa Constituição, que ordena a filiação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos (artigo 7º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Desse modo, os órgãos integrantes do sistema de Justiça brasileiro não podem recusar a sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a alegação de prevalência do direito constitucional interno, pois é este mesmo direito constitucional que vinculou o Estado à autoridade do tribunal internacional.

E, como sabido, em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia")³⁴, ocasião em que a Corte afastou os efeitos da Lei da Anistia brasileira e condenou o Brasil a não mais invocá-la como óbice à investigação de casos de graves violações de direitos humanos. Esta decisão da Corte Interamericana impõe ao Estado brasileiro o dever de investigar e sancionar as graves violações aos direitos humanos referentes ao período da ditadura militar brasileira; determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares. Também determina adotar todas as ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado por meio dos mecanismos existentes no direito interno; continuar desenvolvendo as iniciativas de

³⁴ Mais exatamente, trata-se do caso *Júlia Gomes Lund e Outros versus o Estado Brasileiro*, autuado como Demanda n. Caso 11.552 na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sentença de 24 de novembro de 2010.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar.

Verifique-se, a esse respeito, o seguinte trecho da decisão:

“(...) todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.

Este Tribunal já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal Reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (...) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedido a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.

A Corte Considera necessário enfatizar que, à luz das obrigações gerais consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, os Estados Parte têm o dever de adotar as providências de toda índole, para que ninguém seja privado da proteção judicial e do exercício do direito a um recurso simples e eficaz, nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção. Em um



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e familiares conheçam a verdade dos fatos.

Dada a sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.”

No tocante à preocupação referente à soberania do país e à declaração de constitucionalidade da Lei da Anistia pelo Supremo Tribunal Federal, anterior à decisão internacional, mister trazer à baila os ensinamentos de André de Carvalho Ramos:

“No plano estritamente formal, a sentença internacional não rescinde nem reforma ato judicial interno, já que inexistente, como



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

apontado, hierarquia funcional entre os tribunais internos e internacionais. A sentença internacional, ao ser implementada internamente, suspende a eficácia do comando judicial interno, como decorrência implícita do próprio ato.”³⁵

Relevante ainda destacar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o tribunal ao qual o Brasil voluntariamente se vinculou e se obrigou a cumprir suas decisões no tocante a graves violações a direitos humanos aqui ocorridas. Assim fazendo, o País atendeu à nossa Constituição, que ordena a filiação do Brasil a tribunais internacionais de direitos humanos (artigo 7º, Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), assim como o artigo 4º, inc. II, artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República³⁶.

Desse modo, os órgãos integrantes do sistema de Justiça brasileiro não podem recusar a sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a alegação de prevalência do direito constitucional interno, pois é este mesmo direito constitucional que vinculou o Estado à autoridade do tribunal internacional. Assim, uma vez reconhecida a jurisdição - iniciativa facultativa, lembre-se - a jurisdição passa a ser obrigatória. Em outras palavras, como lembra Valério Mazzuoli, “aceita a competência

³⁵ In *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 345.

³⁶ Segundo André de Carvalho Ramos, não cumprir as decisões da Corte violaria o art. 5, §2 e §3º, bem como todos os comandos constitucionais que tratam de “tratados de direitos humanos”, tal como o art. 7º da ADCT. Sobre este último, assevera: “Ora, que adiantaria a Constituição chegar a mencionar expressamente um tribunal internacional de direitos humanos se fosse autorizados constitucionalmente a qualquer autoridades brasileira ignorar seus comandos desse mesmo Tribunal?”. CARVALHO RAMOS, André. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Crimes da ditadura militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: RT, 2011.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

jurisdicional da Corte os Estados se comprometem a cumprir tudo aquilo que por ela vier a ser decidido, tanto em relação à interpretação quanto relativamente à aplicação da Convenção”³⁷.

Por outro lado, não se trata de uma questão de soberania ou de conflito entre duas instâncias de equivalente estatura, mas de competência funcional da Corte em matéria de graves violações a direitos humanos, pois foi para o julgamento dessas matérias que foi instituída. Logo, não há que se falar em conflito e nem da possibilidade de se recusar a autoridade da Corte sem que isso represente sério descumprimento do disposto no artigo 68.1 da Convenção respectiva: “Os Estados-Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

Salvo na hipótese de se declarar a inconstitucionalidade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o *parquet* e o Judiciário - assim como o governo e o Legislativo - estão adstritos a esta obrigação: cumprir a decisão da Corte.

E não se alegue que cabe primeiro ao STF reanalisar a questão para que, após, os demais magistrados passem a cumprir a decisão da Corte.

As decisões posteriores, proferidas por tribunais competentes, para a matéria, devem ser cumpridas imediatamente por todos os magistrados, inclusive de Primeira

³⁷MAZZUOLI, Valério. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: RT, p. 270/271.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Instância. Não há a menor necessidade de que os Tribunais que proferiram decisões anteriores tenham que, primeiro, revisar suas posições para que só então os magistrados de Primeiro Grau passem a cumprir a decisão mais recente sobre o tema.

Até que o STF venha a se posicionar sobre a decisão da Corte no caso em tela - o que, se ocorrer em sentido contrário, pode abrir uma crise internacional para o país - , todos os magistrados devem cumprir a decisão mais recente, proferida pelo Tribunal competente.

Para se entender que essa sentença internacional, que tornou inválida a Lei de Anistia para os agentes da repressão, não é vinculante, seria imprescindível realizar um juízo de constitucionalidade do já mencionado artigo 68.1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Não há como o País ter ratificado a norma acima e agora, sob alegação de prevalência do direito interno, seus órgãos judiciários decidirem contra a decisão da Corte e a própria Convenção sem nenhum ato prévio de declaração de inconstitucionalidade do ato de ratificação desse documento internacional.

De fato, para recusar a autoridade da Corte Interamericana de Direitos Humanos seria necessário existir algum vício de inconstitucionalidade, o que inexistente.

E, nesse particular, é importante destacar que uma declaração de inconstitucionalidade deve considerar a



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

necessidade do Brasil denunciar integralmente a Convenção, conforme dispõe o artigo 44.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados:

“O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente.”

Ademais, sequer seria admissível denunciar a Convenção Interamericana, por outro motivo: isto representaria claro retrocesso dos Direitos Humanos, o que não é aceito pelo princípio da proibição do retrocesso. Como afirma Mazzuoli, o “Estado não pode, por ato unilateral seu, desengajar-se do reconhecimento da competência contenciosa da Corte, desonerando-se das obrigações que anteriormente assumira, uma vez que tal configuraria um *retrocesso* à proteção desses mesmos direitos no território deste Estado (estando o princípio da vedação do retrocesso a impedir que isto aconteça)”³⁸.

Assim é que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana, que abrange o caso dos autos, é devido em virtude do disposto nos artigos 1.1, 2 e 68.1, todos da Convenção Interamericana. Ademais, a própria Constituição impõe o respeito às decisões da Corte Interamericana, conforme disposto no art. 4º, inc. II, art. 5º, §2º e §3º³⁹ da

³⁸Ob. cit., p. 275.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

Constituição da República e no art. 7º da ADCT.⁴⁰ O descumprimento da decisão da Corte Interamericana representará negar vigência a todos estes dispositivos convencionais e constitucionais, o que fica desde logo **PREQUESTIONADO**.

Não há dúvidas, pois, de que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos há de ser promovido pelo Brasil, de modo que, se confirmada a decisão ora combatida, o Estado brasileiro permanecerá em mora com o sistema internacional até a implementação da sentença da Corte. Poderá ser, portanto, responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento do compromisso assumido com a assinatura do tratado⁴¹.

Dessa forma, correto foi o oferecimento da presente denúncia, sendo impositiva a continuidade da instrução processual a fim de apurar os fatos narrados e punir os verdadeiros responsáveis pela ocultação do cadáver de Hiroaki Torigoe, pois só assim será cumprida a decisão da Corte Interamericana, reformando-se a sentença atacada.

Nessa medida, impõe-se o provimento do recurso em tela em respeito à decisão da Corte Interamericana. Do contrário, haverá violação aos artigos 1.1, 2 e 68.1, todos

³⁹§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004](#)) ([Atos aprovados na forma deste parágrafo](#))

⁴⁰Art. 7º. O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

⁴¹ Nesse sentido: “Quando o Estado condenado não cumpre a sentença, cabe à Corte informar o fato em seu informe anual dirigido à Assembleia-geral da OEA, onde se materializa sanção moral e política”. (CORREIA, Theresa Rachel Couto. *Corte interamericana de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 133)



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

da Convenção Interamericana, e do artigo 1º, incisos II e III; artigo 3º, inciso I; artigo 4º, inc. II, artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição da República e o artigo 7º da ADCT, o que fica, desde logo, **PREQUESTIONADO**.

**III.3. Da qualificação do fato imputado ao denunciado como
"crime contra a humanidade" e consequente
imprescritibilidade**

Ad argumentandum, ainda que se considere correto o raciocínio deduzido pelo magistrado a quo, quanto ao suposto caráter instantâneo do crime de ocultação de cadáver, deve-se dar prosseguimento à ação penal, reformando-se a sentença que reconheceu a extinção da punibilidade dos acusados.

Isso porque se trata aqui de condutas reconhecidas pela comunidade internacional como graves violações de direitos humanos, que foram praticadas em contexto de ataque generalizado e sistemático à população civil brasileira por parte de agentes estatais responsáveis pela repressão política no período do regime militar - ou seja, cometidos por agentes estatais com pleno conhecimento do ataque generalizado e sistemático contra a população civil. A tais crimes não se pode simplesmente aplicar regras de direito interno, como feito na sentença recorrida, quanto à extinção da punibilidade, dado serem revestidos do atributo da imprescritibilidade.

Desde o início da execução do crime em



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

pauta, no ano de 1972, já estávamos diante de um crime imprescritível, pois qualificado como crime contra a humanidade.

Segundo jurisprudência assente da Corte Interamericana de Direitos Humanos as graves violações a direitos humanos que configuram crimes contra a humanidade são caracterizadas pela prática de atos desumanos, como o homicídio, a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, dentre outros, cometidos em contexto de ataque generalizado e sistemático contra uma população civil, em tempo de guerra ou paz.

Este é precisamente o caso descrito nos autos, pois indubioso o caráter desumano das práticas adotadas pelos denunciados no contexto já referido, que, ao ocultarem o cadáver de Hiroaki Torigoe, privam até os dias atuais - por mais de quarenta anos - seus familiares de verem respeitados seus direitos à verdade e ao sepultamento digno dos restos mortais da vítima.

No caso concreto, o indispensável é destacar que os violentos crimes praticados por agentes do Estado em face de dissidentes e suspeitos de subversão, se subsomem à categoria dos delitos de lesa-humanidade, firmada juridicamente (com caráter *jus cogens*), desde o fim da 2ª Guerra Mundial. No direito penal internacional, a introdução da expressão é consensualmente atribuída aos julgamentos de Nuremberg, em 1945.⁴²

⁴²Os crimes contra a humanidade são mencionados no art. 6º, letra c, do Estatuto de Nuremberg: “crimes contra a humanidade, isto é, o assassinio, o extermínio, a escravização, a deportação e qualquer outro ato desumano



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

A partir de então a imprescritibilidade foi afirmada pela Assembleia Geral da ONU em diversas Resoluções editadas entre 1967 e 1973, a saber: (i) n° 2.338 (XXII), de 1967; (ii) n° 2.391 (XXIII), de 1968; (iii) n° 2.583 (XXIV), de 1969; (iv) n° 2172 (XXV), de 1970; (v) n° 2.840 (XXVI), de 1971; e (vi) n° 3.074 (XXVIII), de 1973. Elas demonstram o consenso existente entre os Estados, já à época dos fatos narrados nestes autos, no sentido de conferir um estatuto jurídico distinto e específico no que tange à persecução e punição das graves violações a direitos universais do homem.

Consenso esse, vigente até os dias atuais, que culminou na criação do Tribunal Penal Internacional, em julho de 1998, com base no Estatuto de Roma, que entrou em vigor em 2002: um tribunal permanente destinado ao processo e julgamento, de forma suplementar à atuação do Estado, dos crimes contra a humanidade.

Portanto, muito antes dos agentes do Estado e membros das Forças Armadas perpetrarem, durante a ditadura militar, o sequestro, o homicídio e a ocultação de cadáveres, no contexto das ações de perseguição e repressão violenta dos dissidentes políticos, tais condutas já eram reputadas pelo direito internacional como crimes contra a humanidade. Veja, nesse sentido, o que consta da decisão da Corte Interamericana que condenou o Brasil:

cometido contra populações civis, antes ou durante a guerra, bem como perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos, quando esses atos ou perseguições, constituindo ou não uma violação do direito interno dos países onde foram perpetrados, tenham sido cometidos em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO

Por outro lado, desde seu primeiro caso contencioso [Cf. Caso Velázquez Rodríguez.Mérito. nota 25, par. 157] , a Corte também afirmou que a prática de desaparecimento implicou, com frequência, na execução dos detidos, em segredo e sem fórmula de julgamento, **seguida da ocultação do cadáver**, com o objetivo de apagar toda pista material do crime e de procurar a impunidade dos que o cometeram, o que significa uma brutal violação do direito à vida, reconhecido no artigo 4 da Convenção”⁴³

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

Nessa esteira, os crimes de lesa-humanidade, em razão da interpretação consolidada pelo *jus cogens*, são ontologicamente imprescritíveis e insuscetíveis de anistia. Trata-se de atributo essencial, pois a finalidade da qualificação de um fato como sendo atentatório à humanidade é garantir que não possa ficar impune.

Diga-se ainda que o Brasil reconheceu expressamente o caráter normativo dos princípios estabelecidos

⁴³Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de Novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas), §122. Grifamos e destacamos.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

entre as nações, quando em 1914 ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, que consubstancia norma de caráter geral.

De outro lado, como visto acima, em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia"), decisão em que foi reiterada a inadmissibilidade da aplicação de disposições acerca da prescrição ou o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Repise-se que o cumprimento de tal decisão, que abrange o caso dos autos, é devido em virtude do disposto no artigo 68.1 da Convenção Interamericana.

Insista-se, portanto, que o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos há de ser promovido pelo Brasil, de modo que, se confirmada a decisão ora combatida, o Estado brasileiro permanecerá em mora com o sistema internacional até a implementação da sentença da Corte. Poderá ser, portanto, responsabilizado internacionalmente pelo descumprimento do compromisso assumido com a assinatura do tratado. Além disso, não se pode olvidar que a própria recusa ao seguimento da presente ação pode



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

configurar uma nova violação do artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme o entendimento da Corte Interamericana sobre a "obrigação de garantia" dos direitos previstos naquele diploma.

Impositivo, dessarte, o provimento do recurso em tela em respeito à decisão da Corte Interamericana. Fazer valer os seus comandos é decisivo *"tanto para impedir eventuais sanções internacionais ao Estado brasileiro (por violação de seus compromissos) quanto para garantir a máxima proteção dos direitos do indivíduo no Brasil"*⁴⁴.

Por fim, na remota hipótese de não acolhimento dos argumentos supra, mencione-se, ainda, tese aplicável ao caso referida por Ivan Claudio Marx⁴⁵. O autor pondera que persecução penal dos crimes cometidos por agentes do Estado durante a ditadura brasileira é possível tendo em conta, ainda, que a prescrição só começa a correr para esses crimes a partir do momento em que as investigações se tornaram possíveis, colocando como solução possível para o Brasil a inaplicabilidade judicial da prescrição com fundamento na razão de ser do instituto.

Em verdade, o prazo prescricional transcorre na hipótese de ausência de atuação estatal frente a uma conduta punível, a fim de que se evite, em situações comuns, a perpetuação *ad eternum* da ameaça de punição. Tal

⁴⁴RAMOS, André de Carvalho. *A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Brasil*.

⁴⁵ *Justicia transicional: Necesidad y factibilidad del juicio a los crímenes cometidos por los agentes del Estado durante la última dictadura militar en Brasil*. La Plata: Al Margen, 2013, pp. 246-251.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

circunstância, por outro lado, não se faz presente em casos nos quais o próprio Estado, responsável pela persecução penal, deixa de investigar os crimes e nem permite sua investigação. Nesta situação, a aplicação do instituto da prescrição perde claramente sua razão de ser.

No Brasil, isso se deu em razão de a Lei de Anistia haver representado uma verdadeira supressão institucional do que o citado autor chama de "contingência de punição". E, antes do surgimento dessa lei, o processamento dos crimes era impedido, claro, pela autoproteção concedida pelo Estado a seus agentes. Nas palavras de Ivan Marx:

Assim, resulta perfeitamente viável aceitar-se a inaplicabilidade da prescrição ao caso em razão de que, por meio de uma plantada impossibilidade institucional, nunca houve em verdade a necessária "contingência da punição" a possibilitar o início do prazo da prescrição"⁴⁶

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

⁴⁶ Ob. cit., p. 246-251, tradução livre. No original: "Así, resulta perfectamente viable aceptarse la inaplicabilidad de la prescripción al caso en razón de que, por medio de una plantada imposibilidad institucional, nunca hubo en verdad la necesaria 'contingencia de la punición' a posibilitar el inicio del plazo de la prescripción"



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

prazo normal de prescrição transcorra sem nenhum risco de sanção). Nesse sentido decidiu a Corte Suprema de Chile.⁴⁷

Assim, o que se mostra necessário aqui é considerar - caso não se aceite a tese de imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade - que o prazo prescricional comece a correr no Brasil em 14 de dezembro de 2010, quando o país foi notificado da decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund vs Brasil. Oportunidade em que, consoante apontado acima, o tribunal competente para julgar a convencionalidade da lei de anistia brasileira o fez, afastando sua incidência. Mas, mesmo nesse caso, incidiria o início da prescrição a regra da imprescritibilidade prevista no art. 5º, inc. XLIV da CF/88⁴⁸.

Em síntese, não há que se cogitar de prescrição neste caso, seja porque até hoje os restos mortais

⁴⁷ Nesse sentido, veja o seguinte trecho da decisão: “Si bien es cierto que en el proceso criminal, el Estado se somete a restricciones instrumentales, formales, institucionales y, como en este caso, temporales y, en tal virtud, transcurrido un lapso de tiempo más o menos prolongado, según cuál sea la gravedad del delito, sin que la persecución se concrete en la imposición o en la ejecución de un castigo, el Estado la abandona, no lo es menos que lo que el estado de derecho no autoriza es el mantenimiento indefinido de la contingencia de represión. Lo que presupone, sin embargo, que la punición ha sido contingente por algún espacio de tiempo lo que, precisamente, no ha ocurrido en los antecedentes de que se trata, dado que un delito cubierto por una amnistía es uno respecto del cual la persecución penal deviene en imposible por su inhibición, en este evento a través del Decreto Ley N° 2.191 de mil novecientos setenta y ocho, lo que provocó, por ende, que respecto de estos importantes sucesos, el cómputo del período de prescripción no comenzará a correr, sino una vez que la supresión institucional de la contingencia de la punición, a raíz de la ruptura del orden constitucional, acabara y la constitución de un gobierno que otorgue las debidas garantías a quienes sentían lesionados o atropellados en sus derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna [...]”. Corte Suprema de Chile. S.C.S., 10.05.2007, Rol n°. 3452-06, “caso Londres 38”, considerando septuagésimo cuarto.

⁴⁸ A esse respeito, cabe mencionar a decisão do juiz federal Ali Mazloum (da 7ª Vara Federal Criminal Federal de São Paulo, Proc. 2009.61.81.013046-8) que não aceitou pedido de arquivamento a respeito de crime permanente (homicídio e ocultação de cadáver), ocorrido na década de 70, em razão de seu caráter permanente (o que afastaria a aplicação da anistia e da prescrição). Inclusive, afirmou o juiz que, durante o curso da consumação desse crime, surgiu uma nova norma que previu sua imprescritibilidade. Aqui o julgador faz referência justamente ao art. 5º, inc. XLIV da CF/88, referindo que o crime investigado se amoldava perfeitamente à norma constitucional, resultando-lhe aplicável a imprescritibilidade já que ao momento do surgimento da nova Constituição não havia cessado a conduta.



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

de Hirohaki Torigoe permanecem ocultos, para todos os fins, inclusive penais, como bem descrito na denúncia, seja em razão do caráter de crime de lesa-humanidade de que se reveste o conjunto de ações e omissões penalmente relevantes executadas diretamente pelos denunciados ou sob o seu comando, ou, ainda, em virtude de um suposto prazo prescricional não haver sequer começado a fluir até a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sentença de cumprimento obrigatório como demonstrado acima.

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

IV - REQUERIMENTOS

Diante do exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer seja o presente recurso em sentido estrito conhecido e julgado procedente, com a consequente reforma da r. decisão de fls. 634/635, determinando-se a continuidade da presente ação penal em seus ulteriores termos até final condenação dos recorridos.

Desde logo fica **PREQUESTIONADA** a violação aos seguintes dispositivos: a) artigo 1º, incisos II e III; art. 2º; artigo 3º, inciso I; artigo 4º, inc. II, art. 5º, inc. II e inc. LIV, artigo 5º, §§ 2º e 3º, todos da Constituição da República e o artigo 7º da ADCT, b) art. 111, inc. III, e ao art. 211, ambos do Código Penal; c) art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4657/1942); c) art. 1º da Lei de Anistia (Lei 6.683/79);



**MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM SÃO PAULO**

artigos 1.1, 2 e 68.1, todos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, requerendo a análise expressa destas matérias.

São Paulo, 30 de janeiro de 2014

ANDREY BORGES DE MENDONÇA
Procurador da República