



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

Inquérito Policial nº 0013046-06.2009.403.6181

01. Trata-se de inquérito policial instaurado em setembro de 2009, para apurar os crimes de seqüestro e homicídio qualificado perpetrados contra a vítima **FLÁVIO CARVALHO MOLINA** em novembro de 1971, seguidos dos crimes de falsidade ideológica e ocultação de cadáver.

02. Sucederam-se os fatos sob o **regime de exceção** instituído na época, debaixo do **AI-5 de 1968** e da **ordem constitucional outorgada** por ministros militares em **17.10.1969**.

03. Em outubro de 2009, a digna **Autoridade Policial** presidente do inquérito expôs uma série de impeditivos à continuidade da investigação, dentre os quais destaco:

A) O sujeito passivo do *crime de seqüestro* só pode ser pessoa viva. FLÁVIO teria falecido em 1971, cessando desde então a natureza permanente do delito;

B) Inexistência do *crime de ocultação de cadáver*, pois FLÁVIO fora enterrado com o nome falso por ele utilizado em vida (ÁLVARO LOPES PERALTA). Também, eventual natureza permanente do crime teria cessado com a retificação judicial do registro de óbito, em 1981, quando se fez constar o nome verdadeiro do morto;

C) A autoridade que manifestou efetivo conhecimento da morte de FLÁVIO foi o então delegado da Polícia Civil do Estado de São Paulo ROMEU TUMA, em agosto de 1978, quando chefe do DOPS (Departamento Estadual de Ordem Política e Social). Logo, referida



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

autoridade, hoje Senador da República, deveria figurar como investigado, situação que deslocaria a competência para o E. Supremo Tribunal Federal.

04. O Ministério Público Federal encampou o pleito formulado pela Polícia Federal, argumentou não haver provas de autoria contra o senador ROMEU TUMA, e ofertou **pedido de arquivamento do inquérito policial**. Aduziu essencialmente a ocorrência da **prescrição**. Asseverou que o prazo prescricional máximo de 20 anos há muito fora ultrapassado, lembrando que mais de 38 anos se passaram desde os fatos. Além disso, em face da natureza permanente do crime de ocultação de cadáver, sustentou o **Parquet** Federal que o assento de óbito de FLÁVIO foi retificado no ano de 1981, sendo certo que, mesmo antes disso, já se possuía conhecimento do local onde o corpo da vítima estava enterrado (fl. 145/157).

É o breve relato dos fatos, passo a decidir:

05. Primeiramente, é preciso salientar que a constitucionalidade da **Lei de Anistia**, Lei 6.683/1979, é indiscutível, tendo a mais alta Corte de Justiça do País afirmado sua recepção pela **Carta Política de 1988** na ADPF 153/DF ajuizada pela **Ordem dos Advogados do Brasil**. O caso concreto aqui tratado, porém, quanto a um dos delitos, não prescreveu, e está fora do alcance da anistia ou "esquecimento" estatal dos crimes.

06. Destarte, **REJEITO O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO** proposto pelo **Ministério Público Federal** quanto ao **crime de**



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

ocultação de cadáver, cujo tipo penal está descrito no **artigo 211 do Código Penal** nos seguintes termos: "Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa". A prescrição, segundo o disposto no artigo 109, inciso IV, do mesmo **codex**, ocorre em **08 anos**, prazo ainda não decorrido desde a consumação do crime (cessação da permanência).

07. Com efeito, no crime de ocultação de cadáver a tutela do bem jurídico incide sobre o sentimento de respeito aos mortos. Trata-se de crime vago que tem como sujeito passivo a coletividade e, secundariamente, a família do morto (MIRABETE, Julio Fabbrini, in "Código Penal Interpretado", São Paulo: Ed. Atlas, 1999, pág. 1237). O núcleo do tipo penal consiste no verbo "ocultar", que denota a ideia de permanência, significando "esconder, fazer desaparecer o cadáver" (*op. cit.*).

08. Ressalte-se esta característica diferida do delito, porquanto, sendo permanente, sua consumação se protrai no tempo. Na abalizada lição de ANÍBAL BRUNO, nestes casos, a consumação continua indefinidamente até que algum ato interrompa o estado de permanência:

"Nos crimes permanentes, o momento da consumação não se esgota num só instante, prolonga-se por um período mais ou menos dilatado. Em todo esse período o crime se encontra em estado de consumação. Diferem dos crimes instantâneos de efeito permanente, porque nestes é o efeito que persiste, naqueles é o próprio momento consumativo. É o caráter que nos apresentam, por exemplo,



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

o seqüestro e cárcere privado, a redução à condição análoga à de escravo, o fato de manter casa de prostituição ou de exercer o curandeirismo. A consumação continua indefinidamente até que um ato do agente ou qualquer outra circunstância a faça cessar" (in "Direito Penal - Parte Geral, Tomo II", Rio de Janeiro: Forense, 1959, pág. 220/221).

09. A jurisprudência é firme no sentido de que "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" (RT 610:338).

10. E, segundo o escólio de **DAMÁSIO DE JESUS**, quanto à ocultação, "somente ocorre antes do sepultamento do cadáver, ou seja, quando este ainda não estiver em seu lugar definitivo, após o que o crime previsto só pode ser cometido por destruição ou subtração" (in "Código Penal Anotado", São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 733).

11. Por conseguinte, não viceja o argumento do **Ministério Público Federal** de que a retificação do assento de óbito promovida em 1981 teria o condão de fazer cessar a permanência do crime de ocultação de cadáver. É certo que referida retificação fora obtida a partir de informações de fontes oficiais do Governo, mas o corpo de **FLÁVIO** sem dúvida nenhuma continuava oculto. O bem jurídico tutelado pela norma penal permanecia sob afronta direta da ação delitiva iniciada em 1971. A família da vítima continuava sem poder realizar o sepultamento de **FLÁVIO**, justamente por desconhecer onde seu corpo estava escondido.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

12. Neste ponto, observe-se que a Lei de Anistia concedeu clemência “**a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometaram crimes políticos ou conexo com estes...**”. É inquestionável a permanência do crime de ocultação de cadáver após a data limite da anistia. O crime continuava sendo praticado.

13. Anote-se que, mesmo com a extinção da punibilidade decretada pela **2ª Auditoria de Marinha** na ação penal movida à época da repressão pelo **Ministério Público Federal contra FLÁVIO**, em setembro de 1978 (fl. 26 do anexo), deve-se atentar que a decisão judicial não decorreu da localização e identificação do corpo, mas daquelas mesmas informações oficiais do **DOPS/SP** constantes a fl. 24 do apenso.

14. Frise-se que a família da vítima tomou conhecimento deste fato **somente em 1979** (extinção de processo contra **FLÁVIO** pelo evento morte), mas o corpo de **FLÁVIO** permanecia oculto. Ressalto que no crime de ocultação a questão primordial não é o óbito da pessoa, mas o local onde o corpo está escondido. A descoberta do óbito não se confunde com a descoberta do cadáver, única hipótese apta a fazer cessar a permanência do crime de ocultação.

15. De outro giro, não vinga a tese de que nas informações do **DOPS/SP** indicava-se a necrópole onde **FLÁVIO**, sob o nome falso de “**ÁLVARO LOPES PERALTA**”, estaria enterrado. Havia, de fato, a informação de que o corpo de



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

“Álvaro” estaria no **cemitério Dom Bosco, Perus**, em São Paulo (fl. 32 e 33). Embora público e conhecido este cemitério, os autos não deixam a menor margem de dúvida de que não se conhecia com exatidão o lugar onde estariam os restos mortais de **FLÁVIO**. Vale dizer que o corpo de **FLÁVIO** continuava em local ignorado, até porque em 1976 o corpo havia sido retirado de um local e lançado em outro, desconhecido, revelando tal fato o firme propósito (dolo) de se manter oculto o cadáver. Deveras, o corpo da vítima teria sido lançado em vala comum clandestina dentro do cemitério. Deduz-se que a mera indicação do cemitério não é suficiente para afirmar que o cadáver fora descoberto.

16. Argumentou o **Ministério Público Federal** que em **dezembro de 1990** referida vala clandestina dentro do cemitério de Perus fora localizada e aberta. Em seu interior, segundo os autos, havia cerca de 1.500 ossadas, dentre as quais poderia estar a de **FLÁVIO** (fl. 52 do apenso). Sob hipótese nenhuma se pode dizer que neste momento foram encontrados seus restos mortais. **A ocultação do cadáver permanecia**, tanto que diversos exames desde então têm sido realizados para a identificação das vítimas.

17. Enfatize-se que a localização da vala comum não se deu por indicação dos autores do crime. Não decorreu de uma diligência policial de reconstituição. Deste modo, não se poderia afirmar com certeza que dentre as diversas ossadas encontradas estaria a de **FLÁVIO**. Os criminosos não podem se beneficiar desta incerteza. Vale dizer que, caso a perícia



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

não tivesse identificado o corpo de **FLÁVIO** em 2005, as buscas ainda estariam em curso para elucidação do crime.

18. Registre-se que em 1996 familiares ainda buscavam junto às autoridades governamentais a obtenção de resultados concretos dos trabalhos periciais e eventual identificação das ossadas examinadas (fl. 03 e seg. do apenso). **Pode-se dizer que o corpo havia sido descoberto em 1990?** É de rigor a resposta negativa, tanto que a perícia poderia concluir que nenhuma das ossadas pertencia a **FLÁVIO**. É irrefutável que permanecia em curso a violação ao objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 211 do CP - sentimento de respeito aos mortos - , e **continuava oculto o corpo de FLÁVIO**.

19. Somente no ano de 2005 houve a efetiva descoberta do corpo de FLÁVIO através da confirmação dos exames periciais. E, com a identificação, o corpo foi trasladado para o Estado do Rio de Janeiro onde a família pode realizar seu sepultamento e colocar os restos mortais em lugar definitivo. Portanto, a consumação do crime de ocultação de cadáver cessou com a efetiva identificação da vítima e seu sepultamento em lugar definitivo, fato que se deu em 2005.

20. Em abono a esta assertiva, cite-se julgado do E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL nesse sentido:

"Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181 1^a Subseção Judiciária de São Paulo 7^a Vara Federal Criminal

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 76678RJ, Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 08.09.2000).

21. Consequentemente, o crime de ocultação de cadáver estaria prescrito, caso fosse aplicada ao caso, somente em 2013. Entretanto, como será visto, não se aplica à espécie o instituto da prescrição. Trata-se, aqui, de crime imprescritível nos termos do artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição Federal, que estabelece:

"constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático".

22. Sob a ordem constitucional anterior, especificamente desde a Constituição de 1946, passando pelo AI-5 de 1968 e pela Carta outorgada em 1969, não havia nenhum permissivo legal à prática de tortura, assassinato, seqüestro e ocultação de cadáver. Também não é da tradição das Forças Armadas brasileiras a prática de ações vis como essas.

23. Os agentes que perpetraram a ocultação de cadáver aqui tratada, certamente não agiram em nome do Estado



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

brasileiro, com amparo na Constituição então vigente, nem estavam escorados por alguma lei, decreto ou ato normativo qualquer. Seus autores agiram à margem da lei e da ordem constitucional vigente. Militares ou civis, usando distintivos oficiais das Forças armadas ou de Secretarias de Segurança Pública de Estados, atentaram contra a ordem constitucional então em vigor. Eram grupos armados que praticavam crimes comuns por motivos político-ideológicos.

24. Referidos grupos exerceram a violência para reprimir os chamados movimentos subversivos. Pessoas detidas por agentes do Estado eram submetidas a métodos ilegais de interrogatório. Quando mortas, tinham seus corpos enterrados em locais clandestinos, à sorrelfa da família e de todos. É evidente que a ordem constitucional estava sendo violada por grupos armados que agiam à margem da lei. Não se pode dizer que tais servidores públicos, civis ou militares, agiam em nome da lei e da ordem jurídica em vigor.

25. Os fatos investigados amoldam-se perfeitamente à hipótese constitucional da imprescritibilidade estabelecida pela Constituição Federal de 1988. No curso, portanto, da consumação do crime de ocultação de cadáver sobreveio nova ordem constitucional que tornou o crime imprescritível, pois praticado por "...grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (inc. XLIV do art. 5º da CF/88).

26. Então, ressalte-se que no curso da consumação do crime de ocultação de cadáver, em 1988, quando seus agentes



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

tinham pleno domínio do fato criminoso, pois a qualquer tempo poderiam fazer conhecer o local exato onde o corpo da vítima estava oculto, sobreveio nova ordem constitucional estabelecendo a imprescritibilidade do delito.

27. Em outubro de 1988, vigência da Constituição atual, o crime de ocultação de cadáver estava ainda em curso. A partir de então, o delito tornou-se imprescritível. O E. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL sedimentou o entendimento de que, sobrevindo lei mais gravosa no curso de atividade ilícita, deve ela ser aplicada. É este o teor da **súmula 711:**

"a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência"

28. Impende observar que **FLÁVIO CARVALHO MOLINA** foi militante do **Movimento de Libertação Popular (MOLIPO)**, dissidência da chamada Ação de Libertação Nacional (ALN). Preso em novembro de 1971 por agentes do **DOI/CODI-SP**, órgão do Exército, então sob o comando de **CARLOS ALBERTO BRILHANTE USTRA e MIGUEL FERNANDES ZANINELLO**, no dia seguinte **FLÁVIO** teria sido morto, conforme informações prestadas em **agosto de 1978** pelo chefe do **DOPS/SP** delegado **ROMEU TUMA**.

29. Antes, portanto, da própria família tomar conhecimento da morte, em **1979**, através da decisão extintiva da punibilidade de **FLÁVIO** decretada pela 2ª Auditoria Militar e passar a solicitar a retificação do assento de óbito que fora lavrado com o nome falso de "**ÁLVARO**", as autoridades



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181

1ª Subseção Judiciária de São Paulo

7ª Vara Federal Criminal

conheciam a verdadeira identidade do morto. Sabiam que não se tratava de "**ÁLVARO**", mas, sim, de **FLÁVIO**. Tal circunstância serve de indício para aferir o elemento subjetivo do tipo penal.

30. Diante deste quadro, torna-se imperioso concluir que o **crime de ocultação de cadáver**, por sua natureza permanente, teve início em novembro de 1971; eclodiu por motivos político-ideológicos; foi praticado por grupos armados, civis e militares, que agiram em afronta à ordem constitucional então em vigor; está fora do alcance da Lei de Anistia, pois o crime continuou sendo praticado a partir de 1979; ainda em curso o delito, sobreveio a Constituição de 1988 tornando imprescritível o crime; em 1990 é descoberta uma vala comum clandestina com milhares de ossadas onde poderia estar escondido o corpo de **FLÁVIO**; somente em 2005 a perícia atestou o encontro do corpo através da identificação de seus restos mortais.

31. A competência para a apuração dos fatos é da Justiça Federal, tendo em vista que o crime de ocultação de cadáver não é previsto no Código Penal Militar. Dentre os agentes do crime figuram em tese militares das Forças Armadas, evidenciando interesse da União. Havendo, dentre os possíveis autores do delito um **Senador da República**, cabe ao E. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** deliberar a respeito e promover o encaminhamento dos autos para o Procurador Geral da República, se antes entender necessário.



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

IP 0013046-06.2009.403.6181 1^a Subseção Judiciária de São Paulo 7^a Vara Federal Criminal

32. Esclareço que deixo de encaminhar a rejeição do pedido de arquivamento diretamente ao Chefe do **Parquet** Federal, para que este, nos termos do **artigo 28** do **CPP**, ofereça denúncia, designe outro órgão do **MPF** para oferecê-la ou insista no arquivamento, tendo em vista a existência de questão afeta à competência originária do **Supremo Tribunal Federal**.

33. Deste modo, encaminhem-se os autos para o E. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** para análise e deliberações cabíveis, dando-se baixa na distribuição.

Ciência ao MPF.

São Paulo, 25 de maio de 2009.

ALI MAZLOUM
Juiz Federal da 7^a Vara Criminal
São Paulo