



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Douglas Santos Araujo


**Desaparecimento forçado de pessoas equiparado ao crime de
sequestro qualificado: limitações e consequências**

Rio de Janeiro

2017

Douglas Santos Araujo

**Desaparecimento forçado de pessoas equiparado ao crime de sequestro
qualificado: limitações e consequências**



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A663

Araújo, Douglas Santos.

Desaparecimento forçado de pessoas equiparado ao crime de sequestro qualificado: limitações e consequências / Douglas Santos Araújo. - 2017. 151 f.

Orientador: Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Justiça de transição - Teses. 2. Sequestro – Teses. 3. Crime – Teses. I. Fragoso, Christiano Falk. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Douglas Santos Araujo

**Desaparecimento forçado de pessoas equiparado ao crime de sequestro
qualificado: limitações e consequências**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 15 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a Ana Lucia Sabadell
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Nilo Batista
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, esposa e filhos.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Valdemir e Suamy, que me deram muito amor e carinho, sendo seus os méritos dos acertos e minha a responsabilidade pelos erros.

À minha mulher Laura e aos meus filhos Rafael, Eduardo e Julia pela alegria de existirem.

À Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro pelo suporte acadêmico.

Ao Ministério Público Federal, de forma dupla, pelo fomento aos membros para se qualificarem academicamente e por servir de inspiração para o objeto desta dissertação, em razão da sua atuação na justiça de transição no Brasil.

Ao meu orientador, Christiano Fragoso, que, sempre solícito, dedicou seu tempo e paciência, prestando valiosas contribuições para a conclusão desta dissertação.

A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça
qualificada e manifesta.

Rui Barbosa

RESUMO

ARAUJO, Douglas Santos. **Desaparecimento forçado de pessoas equiparado ao crime de sequestro qualificado: limitações e consequências.** 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Neste trabalho foi analisado o contexto da justiça transicional brasileira após o fim do regime militar em 1985, em cotejo com as possíveis circunstâncias que levaram a uma justiça de transição tardia, bem como o uso do Direito Penal como um de seus instrumentos de ação. Verificou-se que o desaparecimento forçado de pessoas constituiu uma importante e cruel técnica de combate de governos ditatoriais na América Latina, contra o qual houve intensa atuação dos sistemas global e interamericano de proteção aos Direitos Humanos na sua prevenção e repressão. O processo de tipificação do delito de desaparecimento forçado de pessoas em países latino-americanos foi analisado de forma comparativa com os projetos de lei em curso no Congresso Nacional. Por fim, realizou-se uma aferição da dogmática dos crimes de sequestro e desaparecimento forçado de pessoas com o desiderato de avaliar criticamente a equiparação do tempo de duração do momento consumativo entre ambos os delitos.

Palavras-chave: Desaparecimento forçado de pessoas. Justiça de Transição.

Sequestro. Crime permanente.

ABSTRACT

ARAUJO, Douglas Santos. **Forced disappearance of persons assimilated to the crime of qualified abduction: limitations and consequences.** 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

In this paper, the context of Brazilian transitional justice was analyzed after the end of the military regime in 1985, in comparison with the possible circumstances that led to late transitional justice, as well as the use of Criminal Law as one of its instruments of action. It was verified that the forced disappearance of persons constituted an important and cruel technique of combat of dictatorial governments in Latin America, against which the global and inter-American systems of protection of the Human rights in their prevention and repression were intensively active. The process of typifying the crime of forced disappearance of persons in Latin Americans countries was analyzed in order to compare them with the bills in progress in the National Congress. Finally, a comparative assessment of the dogmatics of the crimes of kidnapping and forcible disappearance of persons with the desiderato of critically assessing the equivalence of the time of duration of the consumative moment between both crimes was carried out.

Keywords: Forced disappearance of people. Justice of Transition. Kidnapping.

Permanent crime.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
CEMDP	Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos
CF/88 (CRFB)	Constituição Federal de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil)
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIDFP	Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas
CONADEP	Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO.....	14
1.1 Genealogia.....	14
1.2 Conceito e conteúdo.....	16
1.3 Justiça de Transição no Brasil.....	19
1.3.1 <u>Aspectos cíveis.....</u>	21
1.3.2 <u>Aspectos penais.....</u>	22
1.4 A funcionalização do direito penal numa justiça de transição tardia.....	29
1.4.1 <u>Os princípios de Chicago na justiça de transição.....</u>	34
1.4.2 <u>A verdade e a persecução penal.....</u>	35
1.5 Persecução penal e responsabilização.....	40
2 O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA AMÉRICA LATINA.....	45
2.1 A Proteção internacional contra o Desaparecimento Forçado de Pessoas.....	47
2.2 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	52
2.2.1 <u>Velásquez Rodríguez versus Honduras.....</u>	53
2.2.2 <u>Godínez Cruz versus Honduras.....</u>	54
2.2.3 <u>Caballero Delgado e Santana versus Colômbia.....</u>	55
2.2.4 <u>Blake versus Guatemala.....</u>	56
2.2.5 <u>Trujillo Oroza versus Bolívia.....</u>	58
2.2.6 <u>Radilla Pacheco versus México.....</u>	59
2.2.7 <u>Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia.....</u>	60
2.2.8 <u>Gomes Lund e outros versus Brasil (Guerrilha do Araguaia).....</u>	61
2.2.9 <u>Gelman versus Uruguai.....</u>	62
2.3 Direitos humanos internacionalmente tutelados pelo desaparecimento forçado.....	63
2.3.1 <u>Direito à liberdade pessoal.....</u>	63
2.3.2 <u>Direito à integridade pessoal.....</u>	64
2.3.3 <u>Direito à vida.....</u>	67

2.3.4	<u>Direito à personalidade jurídica</u>	68
3	TIPIFICAÇÃO DO DESAPARECIMENTO FORÇADO	70
3.1	Existe um mandado de criminalização do desaparecimento forçado de pessoas?	71
3.2	Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito comparado	85
3.2.1	<u>Argentina</u>	85
3.2.2	<u>Chile</u>	85
3.2.3	<u>Colômbia</u>	86
3.2.4	<u>Peru</u>	87
3.2.5	<u>Uruguai</u>	88
3.3	Tipificação do desaparecimento forçado no Brasil	88
3.4	A persecução penal do desaparecimento forçado no Brasil	90
4	ANÁLISE DOGMÁTICA DO DESAPARECIMENTO FORÇADO E DO SEQUESTRO	98
4.1	Elementos comuns	98
4.1.1	<u>Privação da liberdade</u>	99
4.1.2	<u>Negativa de prestar informações</u>	102
4.2	Consumação	105
4.3	Bem jurídico	116
4.4	Elementos de contexto	120
4.5	Sujeitos ativo e passivo	122
4.6	Elemento subjetivo	123
4.7	Noções sobre o crime de sequestros	124
4.8	Impossibilidade de equiparação do período consumativo entre os crimes de sequestro e desaparecimento forçado de pessoas	126
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	134
	REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

O título da notícia publicada no sítio eletrônico do jornal *O Estadão*, intitulada "MPF denuncia major Curió por sequestros na Guerrilha do Araguaia"¹ chamou a atenção da sociedade em geral por se referir à primeira acusação criminal realizada no Brasil contra agentes que atuaram no contexto da ditadura militar após o período da redemocratização.

No entanto, o que mais despertou interesse na comunidade jurídica foi a data da sua publicação, 13 de março de 2012, ou seja, 38 anos após os fatos, suscitando uma série de indagações que se iniciam com o porquê se esperou tanto tempo para se promover a persecução penal sobre graves violações contra os direitos humanos, passando às perguntas de como e onde essas pessoas estariam até hoje sequestradas e termina com a dúvida sobre a (in)aplicabilidade dos institutos da anistia e da prescrição.

Ao contrário da Argentina, em que a persecução penal contra autores de crimes cometidos durante a ditadura militar se deu quase que imediatamente após a queda do regime, atualmente, no Brasil, há menos de uma dúzia de ações penais em curso, versando sobre fatos ocorridos há mais de 40 anos, sem que, até o momento, tenha havido uma única condenação.

O Direito Penal foi construído para lidar com condutas desviantes, que fogem ao padrão estabelecido. No entanto, quando se depara com a criminalidade de estado, a lógica criminológica é invertida no momento em que o comportamento em conformidade com a política estatal torna-se objeto de imputação do Direito Penal. Os crimes de estado cometidos pelo aparato estatal ocorrem por comportamentos *conformes* ao sistema em vigor e, nessa análise, quanto maior for a sincronia, maior será o grau de reprovação e de periculosidade do indivíduo. Arendt, na obra *Eichmann em Jerusalém*, desconstrói a imagem do carrasco pertencente aos mundos dos demônios para personalizar o mal, de forma banal, num funcionário burocrata e cumpridor de ordens.

Nessa interação entre responsabilidades individual e coletiva, o Direito Penal é chamado a intervir, mas, pelo seu próprio objeto e limitações jurídicas, não tem

¹ Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mpf-denuncia-major-curio-por-sequestros-na-guerrilha-do-araguaia,847933>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

como satisfazer a crença irrealizável de ser um porto seguro para se alcançar a paz, a verdade e a justiça.

É uma tarefa espinhosa atrever-se a iniciar um debate a respeito de um tema relacionado à história recente do país, em que as paixões ideológicas, às vezes, cegam a razão, tornando o que era para ser um diálogo, uma fala entre surdos. Embora não exista neutralidade teórica, é necessário, para responder as indagações inicialmente colocadas, um devido afastamento, ancorado, sobretudo, na pluralidade de fontes de pesquisas nacionais, na utilização do direito comparado e no exame apurado da dogmática penal.

Nessa senda, é fundamental compreender inicialmente o processo da justiça transicional no que se refere a seus objetivos, propósitos, contexto histórico e tentar encontrar o devido lugar do uso do Direito Penal nessa empreitada, fixando suas funções, objetivos e limites. Dessa maneira, foi elaborado o Capítulo primeiro.

O segundo Capítulo mostra o surgimento de um fenômeno, que ganhou corpo após a década de 1960 nas ditaduras latino-americanas: o desaparecimento forçado de pessoas como estratégia institucional de governos autoritários contra opositores políticos ao regime e os esforços da comunidade internacional contra essa grave forma de violação dos direitos humanos com a análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos.

O terceiro Capítulo aborda eventual dever de tipificar o desaparecimento forçado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nos projetos de lei em curso nesse sentido e na crescente onda da tipificação desse delito em alguns países do cone sul. Por fim, é realizada a análise da técnica utilizada pelo órgão de acusação que moveu a ação penal referida acima que pretendeu tornar sem efeito a aplicação dos institutos da prescrição e anistia ao sustentar a permanência do delito de sequestro, enquanto não fossem localizados os restos mortais das vítimas, equiparando-o, para fins dogmáticos, ao desaparecimento forçado de pessoas.

O quarto Capítulo analisa a dogmática dos crimes de sequestro e desaparecimento forçado, com a finalidade de se cotejar até que ponto é possível equipará-los em efeitos e alcance, em especial no que toca ao tempo de duração da consumação.

Não se pretende, com esta dissertação, apontar a direção mais adequada para que as feridas do passado cicatrizem, e, tampouco, estabelecer o modelo que o

Brasil deve seguir para lidar com o fenômeno transicional. O objetivo é mais modesto e consiste no debate, sob o ponto de vista dogmático, a respeito da equiparação acrítica entre duas figuras penais que apresentam construções históricas, circunstâncias, bens jurídicos, estruturas normativas e subjetividade ativa distintas. O resultado de tal análise pode não auxiliar no processo de cicatrização das feridas abertas no passado recente, mas, se ao menos evitar que se retirem as crostas que sobre elas já se formaram, será uma grande contribuição acadêmica.

1 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Mudanças operadas em curto período de tempo na política impõem a necessidade de que o novo regime traga consigo marcas que o distingam do anterior, sem, contudo, se descuidar de um projeto de estabilidade política que forneça segurança jurídica aos cidadãos. Nessa entoadada, quando a inversão política é marcada pela imputação de graves violações aos direitos humanos e ao regime substituído, sobretudo pela existência de guerras, perseguições políticas, torturas e assassinatos pelas forças de segurança, cria-se uma atmosfera propícia para o resgate do passado, que pode ganhar diversos contornos. Sob tal perspectiva é que a justiça transicional surge como um vínculo entre um passado violento e o regime que o sucede em busca da justiça.

1.1 Genealogia

A justiça de transição pode ser tratada como um conjunto de atos levados a efeito pelos órgãos públicos e sociedade civil com vistas a edificar a paz sustentável depois de um grave conflito marcado por sucessivas violações aos direitos humanos. Com efeito, o modelo transicional de justiça é uma resposta, sob o ponto de vista jurídico, aos crimes cometidos por regimes autoritários do passado.

Teitel apresenta a genealogia da justiça de transição moderna em três fases distintas, mas interdependentes, adotando como corte metodológico a primeira guerra mundial. Vejamos. A primeira fase refere-se ao modelo transicional de justiça posterior à segunda grande guerra, embora possua direta vinculação com a reação à justiça aplicada após a primeira guerra.²

A fase inicial é marcada pela adoção de uma justiça transicional internacional, sob o argumento de que a Alemanha pós-primeira guerra não foi capaz, pelos seus órgãos nacionais, de prevenir e evitar o holocausto da segunda guerra mundial. O modelo de justiça local provou não ser suficiente nas suas funções repressivas e preventivas, sendo abandonado com a internacionalização da justiça de transição.

² TEITEL, Ruti. Genealogia da Justiça Transicional. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça. Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 136 et seq.

Ademais, o modelo aplicado após a primeira guerra consistiu na imposição de sanções coletivas pelo Tratado de Versalhes, as quais, além de não terem surtido qualquer efeito prático, geraram graves sensações de ressentimento e grande frustração econômica que serviram de combustível para o crescimento das ideias do Partido Nacional Socialista alemão.

Essa primeira fase, pois, é marcada pelo uso do Direito Penal Internacional, assim como por sua amplitude, de forma a alcançar e responsabilizar o indivíduo, em especial o alto escalão do regime nazista. A justiça Internacional ganha seu apogeu no momento que a aproximação de uma política de justiça global passa a ser considerada uma garantia necessária ao Estado de Direito.

A segunda fase decorre de modelos de justiça de transição pós-Guerra Fria com a derrocada do regime socialista soviético, notadamente nos países latino-americanos e no leste europeu, nas décadas de 70 e 80 do século passado. As novas democracias que surgiram após a queda dos regimes ditatoriais, sobretudo no cone sul, entraram num delicado dilema acerca do modelo transicional a seguir. Se aderissem ao modelo retributivo da primeira fase do pós-guerra, em que medida o fariam?

Com efeito, o debate nessa segunda fase sobre a justiça transicional deve levar em conta, para melhor compreensão, o contexto político existente em cada nova democracia emergente, assim como as características do regime antecessor. Os valores colocados em voga na balança da justiça transicional foram aqueles que visaram um Estado de Direito possível, em contraponto ao Estado de Direito ideal, alcançando-se o justo dentro das circunstâncias políticas extraordinárias.

Na primeira fase, os postulados da justiça de transição repousaram num ideal universal do direito. Já a segunda fase assumiu uma posição crítica por tender a ser mais limitada, contextualizada e provisória em que não se está em jogo somente o ato de confrontar e punir os atos do regime decaído, mas em curar feridas, reunificar o país, mediante a promoção da paz e a reconciliação.

A concepção de realce nessa segunda fase consiste no modelo restaurativo de justiça em que muitas vezes os postulados de verdade e justiça colidem, cujo ponto de equilíbrio foi encontrado, em alguns casos, na criação das comissões da verdade. Essas comissões da verdade são mecanismos institucionais responsáveis por investigar, documentar e publicizar, normalmente, graves violações aos direitos humanos promovidos em um país num determinado período histórico.

A primeira comissão da verdade foi montada na Argentina e, depois, utilizada na África do Sul na década de 1990, sendo disseminadas em vários países mundo afora. Importante função dessas comissões foi a busca pela paz para, então, se obter a verdade, evitando-se o confronto e as tensões que persistiam com a ascensão do novo regime. No lugar de julgamentos isolados, a comissão da verdade privilegia a perspectiva histórica, fundamental, em especial nos lugares em que funcionaram regimes autoritários que tinham como política institucional a perseguição e o desaparecimento de opositores políticos.³

O objetivo dessa segunda fase transcende a mera responsabilização individual, tendo como objetivo a construção da paz e o resgate do passado de forma reunificadora como condição necessária para cicatrizar as feridas abertas. A abertura do diálogo entre algozes e vítimas é o ponto de destaque para a construção da identidade nacional das recentes democracias. O direito da vítima ou de seus familiares à verdade é alçado como direito fundamental.

A terceira fase é denominada como uma justiça transicional estável (*steady-state*). A política contemporânea é marcada pela eclosão de pequenas guerras em tempos de paz, Estados frágeis, fragmentação política, conflitos internos que fizeram com que a justiça transicional passasse a ser vista não mais como um fenômeno jurídico associado a situações extraordinárias do pós-guerra para ser considerado como um reflexo de sua normalização e expansão.

A criação do Tribunal Penal Internacional simboliza a normalização da justiça transicional para processar e julgar autores dos crimes de guerra, genocídio e contra a humanidade. O atual padrão global de Estado de Direito incrementa o Direito de Guerra, fazendo com que o Direito Humanitário seja incorporado na análise da relação entre Estado e indivíduo com a consequente possibilidade de a comunidade internacional apurar responsabilidades de chefes de estados e demais autoridades nacionais por políticas de perseguição.

1.2 Conceito e conteúdo

Arthur, ao fazer a busca do primeiro uso da expressão justiça de transição, nas bases de dados da imprensa internacional, nos jornais de ciências sociais e nos

³ GONZALEZ CUEVA, Eduardo. Até onde vão as comissões da verdade? In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça. Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 339 et seq.

artigos jurídicos, encontrou o artigo do *Boston Herald*, em 1992, sobre a conferência *Justice in Times of transition*. No entanto, a referida expressão consolidou-se com identidade própria a partir da publicação do compêndio em quatro volumes *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, redigido por Neil Kritz no ano de 1995.⁴

Kritz, na sua obra, fez um catálogo sobre a literatura da justiça de transição nas democracias emergentes após a queda de regimes ditatoriais. Asseverou, ainda, que os críticos contemporâneos não só aceitaram a utilidade do termo, mas, também, concordaram com o alcance a ele conferido, consistente na forma como esses países lidaram com as escolhas para equilibrar a punição dos agentes responsáveis pelos abusos dos regimes anteriores e na forma de promover a interação numa sociedade recém-saída de um conflito.⁵

O objetivo da justiça transicional é assentado, segundo Zyl, em quatro obrigações estatais, a saber: 1) investigar, processar e punir agentes violadores; 2) revelar a verdade sobre o ocorrido no passado; 3) fornecer reparações às vítimas e 4) depurar e reformar instituições responsáveis pelos abusos, promovendo a reconciliação. Esses escopos, para serem alcançados, exigem a adoção de um conjunto de medidas inclusivas para enfrentar o passado, levando-se em conta contextos em que a paz ainda não está consolidada, assim como situações em que os perpetradores ainda estão no poder.⁶

A investigação e a punição dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos pode ter efeito preventivo geral para as futuras gerações, assim como pode fornecer alento às vítimas e seus familiares, sem prejuízo de auxiliar na reformulação de instituições do governo e na criação de normas de proteção ao cidadão. No entanto, o sistema penal é ordinariamente formulado para sociedades em que a violação às leis constitua a exceção e não a regra. No contexto de

⁴ ARTHUR, Paige. Como as transições reconfiguraram os direitos humanos: uma histórica conceitual da justiça de transição. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 82 et seq.

⁵ KRITZ, Neil. *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2004. *apud* ARTHUR, Paige. *Como as transições reconfiguraram os direitos humanos: uma histórica conceitual da justiça de transição*. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia - Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 84

⁶ ZYL, Paul Van. Promovendo a Justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 49 et seq.

violações sistemáticas, o sistema penal não é suficiente para essa missão que deve ser complementada por outras estratégias.

A busca pela verdade consiste em revelar aos cidadãos os abusos ocorridos no passado e reconhecer a injustiça das suas práticas pelos perpetradores. É a abertura de um canal de comunicação para as vítimas expurgarem para os espaços públicos a dor, a revolta e os ressentimentos de forma a contribuir para contestar versões oficiais falaciosas e, assim, facilitar a superação da indignação e da raiva dos envolvidos. A verdade ainda auxilia na reforma e na transformação das instituições estatais, vez que deixará claro que as violações aos direitos humanos não seriam casos isolados, mas, sim, uma atuação institucional, cuja estrutura e conformação merecem ser revistas.

A reparação dos familiares e de vítimas de graves violações aos direitos fundamentais constitui dever estatal que pode assumir a feição de ajuda material, em forma de, por exemplo, pensões e indenizações, assistência psicológica ou medidas simbólicas, tais como a construção de monumentos, de memoriais e o estabelecimento de dias nacionais de comemorações.

A depuração e a reforma das instituições que tiveram destacada atuação no cometimento de graves perpetrções aos direitos do homem são necessárias, mediante mudanças estruturais e funcionais, para evitar que erros do passado voltem a ocorrer. Ademais, é recomendável que se adotem programas de depuração e saneamento administrativo com o objetivo de afastar dos cargos e funções eventuais perpetradores ou de evitar que retornem à função pública.

As quatro obrigações acima mencionadas, conforme anota Mendez,⁷ são separadas e distintas, o que significa dizer que cada uma delas integra, de forma autônoma, uma política de justa responsabilização. A potencialidade no cumprimento de cada dever acima deve atingir um nível máximo de satisfação possível, não sendo legítima a alegação de que o cumprimento de uma exonera o dever de cumprimento de outra. Com efeito, eventual impossibilidade material ou jurídica de cumprimento de uma não elide a execução de outra, ainda que correlata, mas possível.

⁷ MENDEZ, E. Juan. Responsabilização por abusos do passado. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 199 et seq.

Prossegue o ilustre autor aduzindo que os deveres estatais podem ser classificados, tomando por empréstimo a doutrina civilista, como obrigações “de meio” e não “de resultado” cujo adimplemento ocorre na utilização correta e de boa-fé dos meios legais tendentes a implementá-los, ainda que, ao final, não se tenha êxito. Desse modo, o dever de responsabilização dos agentes estatais é integralmente cumprido, mesmo quando, ao final da investigação, ocorre o seu arquivamento ou quando o acusado é absolvido por falta de provas, desde que a condução do procedimento persecutório tenha sido feito de forma séria e isenta e não como mero simulacro destinado previamente aos arquivos da justiça.

1.3 Justiça de Transição no Brasil

Nos dias 31 de março e 1º de abril de 1964, unidades militares tomaram prédios do governo no Rio de Janeiro e em Brasília, dando início a mais uma ruptura democrática no país, com a derrubada do presidente João Goulart, que se refugiou no Uruguai, e a assunção da cadeira presidencial por Ranieri Mazzili, então presidente da Câmara dos Deputados. O regime militar durou 21 anos, indo até a eleição, pelo colégio eleitoral, do primeiro presidente civil,⁸ e a aprovação da Emenda Constitucional n. 26, de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte.⁹

O governo militar, instaurado sob a presidência do General Humberto de Alencar Castelo Branco, eleito pelo Congresso Nacional em 11 de abril de 1964, tinha o propósito inicial de ser temporário até o fim do prazo do mandato que restaria ao presidente deposto João Goulart. No entanto, uma série de fatores políticos e econômicos, em cotejo com a tensão existente no próprio corpo militar, fez com que o regime militar perdurasse por longos 21 anos, sob as presidências do General Humberto Castelo Branco entre 1964 a 1967; do Marechal Costa e Silva nos anos

⁸ Ficou conhecida como movimento *Diretas Já* a mobilização popular para a aprovação da proposta de Emenda Constitucional Dante de Oliveira, que previa o voto direto na eleição para Presidente da República. Apesar de a proposta não ter sido aprovada pelo Congresso Nacional, Tancredo Neves foi eleito, no ano seguinte, em 15 de janeiro de 1985 e, em razão do seu falecimento na véspera da sua posse, José Sarney assumiu a presidência em 15 de março de 1985.

⁹ BRASIL, Emenda Constitucional n. 26 de 27 de novembro de 1985, que convoca Assembleia Nacional Constituinte e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

de 1967 e 1968; do General Emilio Garrastazu Médici entre 1969 e 1974; de Geisel de 1974 a 1979; e do General João Batista Figueiredo de 1979 a 1985.

Nesse período de ruptura democrática, a reação ao golpe militar e a respectiva repressão variaram de tempos em tempos, e o ápice de tensionamento coincidiu sob o mandato da presidência de Médici, que ficou conhecido como *anos de chumbo*. As torturas, assassinatos e desaparecimentos forçados foram adotados como forma de política repressiva institucional, período em que o último foco de resistência armado foi dizimado no caso conhecido como Guerrilha do Araguaia.

Em meados dos anos 1960, militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) instalaram-se nas proximidades do Rio Araguaia com a finalidade de organizar um levante rural de resistência ao governo militar ditatorial instalado no país desde 1964. A atuação desse movimento se localizava entre os municípios do sul e do sudeste do Pará, atualmente norte do Tocantins, na região do Araguaia.

Os militares realizaram diversas investidas na região, cujo episódio ficou conhecido como “Guerrilha do Araguaia”. A primeira operação de inteligência militar ocorreu em fevereiro de 1972, com vistas a desvendar o projeto guerrilheiro do PC do B. À operação de levantamento de dados seguiram-se duas campanhas militares para combater ostensivamente os guerrilheiros, ainda em 1972.

Em 1973, foram deflagradas mais duas operações militares denominadas de Sucuri e Marajoara, que resultaram no desaparecimento forçado de 62 pessoas, ocasião em que se institucionalizou a aplicação de agressões físicas e psicológicas, não apenas em face dos eventuais detidos, mas também da população civil local, a qual era constantemente ameaçada de sofrer consequências físicas e patrimoniais caso não fornecesse informações de interesse das forças de segurança.

Houve uma escalada de violência em que os opositores políticos se utilizaram de roubos a bancos, ataques a militares e sequestros como forma de resistência e de financiamento do movimento revolucionário. No Aeroporto Internacional dos Guararapes, em 1966, foi realizado um atentado visando atingir Costa e Silva, então candidato a presidente, ceifando as vidas do jornalista Edson Régis de Carvalho e do almirante Nelson Gomes Fernandes. Em 1968, o capitão do exército dos Estados Unidos da América, Charles Rodney, foi assassinado por militantes de oposição. Em 1969, integrantes da Ação Libertadora Nacional (ALN) e do Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8) capturaram o embaixador dos Estados Unidos, com o intuito de trocá-lo por presos políticos.

O início de descompressão política ocorreu no Governo Geisel, que obteve no Congresso Nacional a aprovação da Emenda Constitucional n. 11, revogando o Ato Institucional n. 5. O processo de redemocratização teve continuidade e foi ampliado pelo presidente Figueiredo, mediante a aprovação, em 1979, da Lei da Anistia, assim como promoveu o retorno do pluripartidarismo. Em 1985, com a eleição, pelo Congresso Nacional, de Tancredo Neves para a presidência da República, os militares definitivamente deixaram o poder.¹⁰

1.3.1 Aspectos cíveis

Diversas obrigações cíveis para revelar a verdade sobre o ocorrido no passado e de fornecimento de reparações às vítimas e reforma das instituições responsáveis pelos abusos foram adotadas.

Abrão considera a Lei de Anistia n. 6.683 de 1979 como o primeiro ato de reparação aos perseguidos políticos, uma vez que, além de anistiar crimes políticos e conexos, previa a restituição de direitos políticos e o direito de reintegração a servidores afastados indevidamente pelo regime. Posteriormente, o art. 8º do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 concedeu anistia, assegurando aos perseguidos políticos que foram afastados de seus cargos as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo.¹¹

A Lei n. 9.140/95, alterada pela Lei n. 10.536/02, deu importante passo ao reconhecer a responsabilidade do Estado brasileiro pelas arbitrariedades cometidas no período ditatorial, presumindo como mortas, para todos os efeitos legais, 136 pessoas que tenham participado, ou que tenham sido acusadas de participação em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por esse motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, permanecendo, desde então, desaparecidas, sem que delas houvesse qualquer notícia.

Ademais, o referido instrumento legal criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) com poderes de investigar e reconhecer novos

¹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al. A Justiça de Transição no Brasil: um caminho ainda a percorrer. In: AMBOS, Kai et al. *Anistia, Justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 135-185

¹¹ ABRÃO, Paulo. Verdade e justiça na transição política brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 384 et seq.

casos de perseguidos políticos, que, ao final, resultou numa lista de 339 pessoas. O trabalho da CEMDP foi consolidado em duas obras denominadas *Direito à Memória e à Verdade*¹² e *Luta, substantivo feminino*¹³ A primeira contém informações sobre diversos abusos cometidos na época da ditadura militar, inclusive desmentindo versões oficiais sobre incidentes que culminaram em mortes ou desaparecimentos. A segunda obra traçou o perfil de 45 mulheres vítimas de atrocidades, notadamente de desaparecimentos forçados e execuções sumárias.

A Comissão de Anistia foi criada pela Medida Provisória n. 2.151/2001, com a atribuição de analisar pedidos de indenização, consolidados ao final na Lei n. 10.559/2002, decorrentes de pessoas que sofreram impedimentos para exercerem atividades remuneradas, por motivos políticos, entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. Ademais, por intermédio da Portaria n. 204, de 13 de maio de 2009, editada pela Casa Civil, criou-se o Centro de Referência das Lutas Políticas – Memórias Reveladas, sob a coordenação do Arquivo Nacional que reúne de forma sistematizada registros documentais existentes e disponíveis no país sobre lutas políticas nas décadas de 1960 a 1980.

Em arremate, a Comissão Nacional da Verdade (CNV) foi criada pela Lei n. 12.528/2011 e instituída em 16 de maio de 2012, com a finalidade de apurar graves violações aos direitos humanos ocorridas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. O Volume III do Relatório da CNV identifica e traça os perfis dos 434 mortos e desaparecidos políticos no Brasil e no exterior, sendo que, entre eles, 33 foram vítimas de desaparecimento forçado no período entre 1964 e 1988.¹⁴

1.3.2 Aspectos penais

A primeira iniciativa estatal, após a Constituição de 1988, com vistas a responsabilizar agentes de Estado envolvidos em graves violações aos direitos humanos durante o regime militar ocorreu nos anos de 2008 e 2009, quando foram distribuídas oito notícias-crime para a instauração de investigações criminais

¹² Disponível em <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/mortos-e-desaparecidos-politicos/pdfs/livro-direito-a-memoria-e-a-verdade>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

¹³ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_mulheres_ditadura.pdf> Acesso em: 25 dez. 2016.

¹⁴ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: mortos e desaparecidos políticos*. V. 3. Brasília: CNV, 2014.

destinadas a apurar desaparecimentos forçados e homicídios ocorridos no período ditatorial.¹⁵ No entanto, somente após a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte IDH) em 2010, a persecução penal no Brasil foi elevada a um novo patamar.¹⁶

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e a *Human Rights Watch Americas* peticionaram para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) em nome de pessoas desaparecidas, no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares para apurar responsabilidades pelos assassinatos e desaparecimentos forçados ocorridos no início da década de 1970 no Brasil.

O Relatório de Admissibilidade n. 33/2001 foi expedido pela Comissão em 6 de março de 2001, e o Relatório de Mérito n. 91/2008, foi aprovado em 31 de outubro de 2008, com recomendações endereçadas ao Brasil. Em 26 de março de 2009, a Comissão IDH submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) uma demanda em desfavor do Brasil, para responsabilização, em nível internacional, pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região, decorrente de atuação militar no período de 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar brasileira.

A Corte IDH refutou a alegação de incompetência para apreciar as violações ocorridas durante a Guerrilha do Araguaia. O Estado brasileiro sustentou que, como teria reconhecido a competência contenciosa da Corte IDH em 10 de dezembro de 1998, falaria competência da Corte IDH para conhecer violações anteriores a essa data.

No entanto, a Corte IDH reconheceu o caráter permanente do desaparecimento forçado de pessoas cuja execução se inicia com a privação da liberdade da pessoa e a posterior falta de informação sobre seu destino, não cessando enquanto não se souber o paradeiro da pessoa desaparecida ou dos seus

¹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013 Brasília: MPF/2ª CCR, 2014. p.16. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. p. 103 Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

restos mortais. Desse modo, ainda que os desaparecimentos forçados tenham ocorrido em data anterior a 10 de dezembro de 1998, enquanto não fossem esclarecidos os fatos, a Corte teria competência para apreciar a demanda.

Ademais, a Corte IDH entendeu o caráter continuado da omissão do Estado brasileiro com a falta de investigação, julgamento e punição das pessoas responsáveis pelos desaparecimentos forçados e a ausência de efetividade de ações cíveis para a obtenção de informações das graves violações aos direitos humanos.

Foram rejeitadas, ainda, as alegações procedimentais de falta de interesse quanto à Comissão em levar uma demanda à Corte IDH, uma vez que se trata de uma prerrogativa da Comissão, cujos motivos não poderiam ser objeto de exceção. Outrossim, fixou-se que a responsabilidade estatal emerge quando da ocorrência do ilícito. Uma suposta reparação do ilícito pelo Estado pode repercutir sobre a decisão de mérito do caso e, eventualmente, para as possíveis reparações que se ordenem, mas não teriam efeito de elidir a competência da Corte.

Da mesma forma, foi afastada a alegação de ausência de esgotamento de recursos internos consistente na pendência de tramitação da ação civil pública n. 2001.39.01.000810-5, movida pelo Ministério Público Federal, para obter do Estado brasileiro todos os documentos existentes sobre ações militares das forças armadas contra a guerrilha. A Corte entendeu que a demora na tramitação em mais de 10 anos sem a prolação de uma decisão definitiva de mérito importaria um atraso irrazoável que não poderia ser aceito pela Corte IDH.

Por fim, a Corte IDH asseverou que a constitucionalidade da lei da anistia proclamada pelo Supremo Tribunal Federal em sede da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153 não elidiria a competência da Corte IDH de proceder ao controle de convencionalidade da lei de anistia e verificar a sua compatibilidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

O caso pelo qual o Brasil foi condenado refere-se ao aniquilamento de grupo guerrilheiro de oposição ao governo militar na Região do Araguaia. O Estado brasileiro foi declarado responsável pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas entre os anos 1972 e 1974, sendo identificados os restos mortais de apenas dois indivíduos. A ausência de informações do paradeiro ou dos restos mortais dos demais 60 desaparecidos conferiu, segundo a Corte IDH, o caráter permanente do ilícito internacional.

Asseverou a Corte IDH que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) impõe aos signatários o dever de caráter *ius cogens* de investigar e punir as graves violações aos direitos humanos, sobretudo no tocante ao ilícito de desaparecimento forçado de pessoas. Essas obrigações internacionais devem ser levadas a efeito de forma séria e efetiva pelos Estados signatários num tempo razoável, empregando-se todos os esforços disponíveis nessa empreitada de busca da verdade dos fatos.

Nessa entoada, estabeleceu-se que aos familiares deve ser franqueada a possibilidade de serem ouvidos nos respectivos processos de apuração, permitindo-se o acesso à informação sobre os fatos, a punição dos culpados e uma devida reparação. Com efeito, a estrutura legal do Estado deve ser apta à prevenção, investigação, punição e reparação contra essas graves violações aos Direitos Humanos.

Antes do julgamento pela Corte IDH, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153/DF proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, declarando constitucional a lei n. 6.683/79, que concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com esses crimes eleitorais.¹⁷

A Corte IDH, todavia, considerou que o instituto da anistia é incompatível com o dever estatal de investigar e punir os autores de graves violações aos direitos humanos ocorridas na ditadura militar brasileira, em especial no caso envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas na Guerrilha do Araguaia. A anistia redundaria na ausência de proteção das vítimas e na manutenção da impunidade, representando grave obstáculo para que os familiares alcançassem a verdade sobre os fatos ocorridos.

Não obstante o fato de o Supremo Tribunal ter considerado constitucional a lei da anistia, sustentou a Corte IDH que não foi exercido o controle de convencionalidade consistente na compatibilização de suas disposições com as obrigações internacionais do Brasil decorrentes do Direito Internacional,

¹⁷ Disponível em www.stf.jus.br/potal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153, p. 29. Acesso em: 26 dez. 2016.

notadamente a CADH. Ademais, considerou-se irrelevante a espécie da anistia concedida, se de natureza bilateral, como consequência de um acordo político ou uma autoanistia. A própria natureza material da anistia impediria a prevenção, a investigação e a punição das graves violações aos direitos humanos, o que, por si, se revela suficiente para ser contrária às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil.

Restou consignado pela Corte IDH que o pacto internacional, quando firmado por um Estado, vincula todos os seus órgãos, incluindo o poder judiciário, que deve velar pelo cumprimento das obrigações assumidas em sede internacional, sendo-lhe vedado conferir interpretações contrárias a seu objeto e finalidade. Desse modo, ao decidir, além do controle de constitucionalidade, os juízes necessitam realizar o controle de convencionalidade entre as normas internas e a CADH, observando não somente as obrigações internacionais assumidas, mas, também, a respectiva interpretação conferida pela Corte IDH, que seria o último intérprete da Convenção Americana.

Em linhas gerais, a Corte IDH considerou o Brasil responsável pelo desaparecimento forçado de 60 pessoas devidamente identificadas no contexto da operação militar desencadeada no contexto da Guerrilha do Araguaia.

Ademais, foi considerada descumprida a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em razão da aplicação conferida à lei de anistia, que impede a investigação e a sanção de graves violações aos direitos humanos.

A Corte IDH determinou que o Brasil realizasse, perante a jurisdição comum, uma investigação criminal dos fatos, de forma a estabelecer a autoria e a materialidade delitivas e a devida persecução penal dos responsáveis pelos fatos constitutivos de desaparecimento forçado por meio dos mecanismos existentes no direito interno. Por fim, foi imposto o dever de tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas.

A condenação do Brasil pela Corte IDH trouxe duas ordens de consequências. A primeira consistiu na institucionalização de um aparato de persecução penal voltado para punir agentes estatais envolvidos nos graves atentados de violação aos direitos humanos ocorridos na época da ditadura militar. A segunda voltou-se ao campo de produção legislativa, com vistas a tipificar o delito de desaparecimento forçado no Brasil. Com o objetivo de cumprir a condenação

imposta, foi apresentado o Projeto de Lei n. 245/2011 no Senado Federal, que visa incluir o art. 149-A no Código Penal, incriminando, pela primeira vez, o desaparecimento forçado. Aprovado naquela casa legislativa, foi remetido à Câmara dos Deputados, originando o Projeto de Lei n. 6.240/2013, ainda em tramitação.¹⁸

A condenação do Brasil no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil fez com que fosse criado pelo órgão de persecução penal brasileiro um grupo de trabalho com o objetivo de traçar um plano de trabalho e atuar nos casos de responsabilização penal dos agentes da repressão da ditadura militar. A portaria n. 21, de 25 de novembro de 2011 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, criou o Grupo de Trabalho “justiça de transição” com o objetivo de fornecer apoio jurídico e operacional aos procuradores da República, buscando fomentar ambiente propício para a reflexão sobre o tema e para a tomada de posições institucionais – e não isoladas – sobre a questão com atribuições de definir um plano inicial para a persecução penal. Tem como meta, ainda, examinar a investigação de crimes de quadrilha, nos casos em que os vínculos estabelecidos, ainda durante a ditadura militar, permaneceram íntegros até momento recente.¹⁹

A primeira acusação criminal visando à responsabilização de agentes estatais por crimes cometidos no contexto da ditadura militar brasileira versou sobre o sequestro de cinco integrantes da Guerrilha do Araguaia. Sebastião Curió Rodrigues de Moura, então Major do Exército e comandante da operação Marajoara, teria, num contexto de ataque sistemático e generalizado contra população civil, ordenado e participado do sequestro qualificado com imposição de grave sofrimento físico e moral de cinco pessoas.

Consta da acusação que militantes do PC do B se instalaram nas proximidades do Rio Araguaia com a finalidade de organizar um levante rural armado contra o então governo militar, que organizou uma contraofensiva desencadeada em três etapas ostensivas. As duas primeiras incursões foram realizadas de abril a junho de 1972 e de setembro e outubro de 1972.²⁰

¹⁸ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982>>. Acesso em: 8 ago. 2016.

¹⁹ Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/composicao/composicao/Portaria%2021.pdf>>. Acesso em: 1º jan. 2016.

²⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Grupo de trabalho justiça de transição: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público

Entre maio e outubro de 1973, foi realizada uma operação de inteligência denominada de operação Sucuri, coordenada por Curió, que utilizava o codinome “Dr. Luchini”. Com base nas informações colhidas, foi realizada a terceira e última investida operacional chamada de Operação Marajoara, cujo objetivo era de implementar, de forma sistemática, desaparecimentos forçados, interrogatórios, tortura e execuções sumárias, acabando de forma definitiva com a Guerrilha do Araguaia.

As vítimas foram capturadas pelo contingente militar, privadas ilegalmente de suas liberdades, e não se sabe, até hoje, seus paradeiros ou o destino de seus restos mortais. Não foram imputados os crimes de homicídios das vítimas sob a justificativa de que não haveria elementos indicativos das mortes e suas circunstâncias aptas a configurarem a materialidade indireta. Para sustentar a permanência do crime de sequestro, o órgão de acusação se valeu do entendimento firmado no pedido de Extradução n. 974, em que a Argentina requereu a extradição de um militar Uruguaio, integrante da Operação Condor, acusado de, numa operação militar, ter sequestrado várias pessoas, submetidas a interrogatório e tortura, cujos paradeiros, até hoje, são desconhecidos.

A denúncia criminal, geradora dos autos n. 1162-79.2012.4.01.3901, foi inicialmente rejeitada pela 2ª vara federal da subseção judiciária de Marabá/PA, sob o argumento de que o crime de sequestro teria cessado com a morte das vítimas e pela incidência da Lei da Anistia como causa extintiva da punibilidade. Em juízo de retratação decorrente de recurso interposto, a denúncia foi recebida pelo juízo de primeiro grau. No entanto, a ação penal foi trancada por intermédio do *Habeas Corpus* n° 0068063-92.2012.4.01.0000/PA, sob o argumento de que os crimes imputados estavam anistiados. Dessa decisão, foram interpostos recursos especiais para o Superior Tribunal de Justiça, em tramitação,²¹ e extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, não admitido.²²

Federal: 2011-2013 Brasília: MPF/2ª CCR, 2014. p.89. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

²¹ Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/certidao/emitir?certidaoTipo=andamento&acao=emitir&num_registro=201502672844>. Acesso em: 12 jan. 2017.

²² Disponível em <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=680639220124010000&pg=1>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

O Ministério Público ofereceu, ao todo, oito denúncias contra 21 agentes estatais do antigo regime por crimes cometidos no contexto da ditadura militar, destacando-se os crimes de detonação de artefato explosivo, tentativa de homicídio, transporte de explosivos, associação criminosa, favorecimento pessoal, fraude processual, sequestro e ocultação de cadáver,²³ não havendo, em nenhuma delas, sentença condenatória.

1.4 A funcionalização do direito penal numa justiça de transição tardia

Dentro do contexto da Guerra Fria eclodiram, a partir da década de 1960, governos ditatoriais, sob a doutrina da segurança nacional, de combate aos movimentos de esquerda, notadamente os vinculados ao modelo socialista. Destacaram-se nessa onda repressiva as rupturas do regime democráticos na Argentina e no Chile, cujos dados e números serão utilizados de forma comparativa como tentativa de se compreender os reflexos em termos de persecução penal na perspectiva da justiça transicional.

O governo militar que assumiu o poder na Argentina entre 1976 e 1983 deixou um dos maiores legados de graves e maciças violações aos direitos humanos no cone sul. Nesse período, foram reportados 8.960 casos de desaparecimentos forçados e cerca de 30.000 assassinatos políticos.²⁴

O Chile, durante o governo militar entre 1973 e 1990, da mesma forma, deixou grande rastro de violação dos direitos humanos, aproximando-se de 1.248 desaparecidos e 2.279 assassinatos políticos.²⁵

O Brasil, por sua vez, no período que foi governado por membros das forças armadas entre 1964 e 1985, identificou 434 casos de mortes e desaparecimentos cuja responsabilidade é imputada a agentes da repressão.²⁶

Pereira argumenta que a variação entre os três regimes ditatoriais acima decorre dos diferentes graus de integração e consenso existentes entre as elites

²³ Informação extraída da análise do relatório Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/relatorios-1/acompanhamento_dos_processos_na_justica_federal.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2015.

²⁴ ARGENTINA. *Comission nacional sobre la desaparición de personas*. Nunca mas. 4. edición. Buenos Aires: eudeba. 1998

²⁵ CHILE. *Informa de la Comision Nacional de Verdad y Reconciliacion*, Reedición. Diciembre, 1996

²⁶ BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório/Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico – Brasília: CNV, 2014. – Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1

judiciárias e militares antes do início desses regimes. Quanto maior fosse o grau de coesão dessas elites em torno dos objetivos da política adotada, menor era a necessidade de grandes rupturas.²⁷

Ressalta, ainda, que, no caso brasileiro, desde a revolução de 1930, as justiças militar e civil atuaram de forma coordenada, resultando na sua fusão na Constituição de 1934. Assevera que a repressão decorrente do golpe de 1964 teria sido altamente judicializada e que, de forma gradual, o regime alterou a moldura legal tradicional, não se utilizando da matança em larga escala.

No Chile, a aproximação já não teria sido tão estreita. A justiça militar era mais afastada da jurisdição civil e, quando havia, de forma esporádica, a intervenção militar na jurisdição civil, a sua atuação era de forma a usurpar sua competência, não havendo um trabalho coordenado.²⁸

A Argentina, por sua vez, teria adotado o caminho oposto ao brasileiro, representando uma quebra aguda da legalidade em vigor, com anulação e rejeição da autoridade judiciária. Os militares agiram de modo direto e coativo, restando ao judiciário, muito dependente, o papel de ratificar o poder de fato que era exercido. O grau de integração entre o oficialato e as elites judiciárias teria sido mínimo.

Conclui-se que a integração relacional entre o poder judiciário e as forças armadas no Brasil permitiu que a repressão pudesse ser judicializada, inclusive possibilitando que os advogados de defesa e a sociedade civil, ainda que minimamente, refreassem os abusos cometidos durante a repressão. Por outro lado, quando o regime ignora e atropela o poder judiciário, a repressão tende a ser mais violenta, não deixando alternativa, senão a de aguardar o fim do regime para poder exigir justiça.

As consequências dessa coesão institucional podem ser sentidas no período de redemocratização, sobretudo quando se analisa o processo transicional. Tribess assevera que o processo de transição argentino ocorreu por colapso numa ruptura desenvolvida em um curto período de 18 meses, que foi o período entre a Guerra das Malvinas e as eleições de 1983.²⁸

²⁷ PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução por Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 41 et seq.

²⁸ TRIBESS, Camila. Comparação, História e Transições – Os casos de Brasil e Argentina entre 1979 e 1989. *Revista Eletrônica de Ciência Política da UFPR*. Setembro/2010.

Apenas cinco dias após tomar posse como presidente eleito da Argentina, Raul Alfonsín, em 15 de dezembro de 1983, criou a Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas (CONADEP) cujo relatório, denominado *Nunca Más*, foi entregue em 20 de setembro de 1984. Ademais, até o ano 2014, foram condenadas 531 pessoas ligadas ao regime ditatorial, entre as quais se destacam os ex-presidentes Jorge Rafael Videla Redondo e Reynaldo Bignone, sentenciados à prisão perpétua.²⁹

O Chile enfrentou um processo de transição singular. Com o objetivo de institucionalizar o projeto político levado a cabo por *Pinochet*, após votação plebiscitária positiva, foi aprovada a Constituição em 1980, assim como um anexo, contendo as disposições transitórias.

A nova Constituição entraria em vigor após oito anos, sendo que, entre os anos de 1981 e 1988, passaria a vigorar esse texto anexo à Constituição. Entre essas disposições, previu-se que o mandato de *Pinochet* seria prorrogado por oito anos. Ao final desse prazo, o governo nomearia um candidato para o próximo mandato presidencial, após aprovação plebiscitária. Caso não aprovado, *Pinochet* e a Junta governariam até março de 1990, período em que consolidaria o “fim” do “processo de transição”, com a organização de eleições legislativa e presidencial.³⁰

Em 5 de outubro de 1988 foi realizado plebiscito cujo resultado reprovou o nome de Pinochet para mais um mandato presidencial, possibilitando eleições gerais e diretas em 14 de dezembro de 1989, ocasião em que o opositorista Patricio Aylín sagrou-se vencedor. Desse modo pode-se asseverar que o processo transicional durou oito anos, contados da aprovação da Constituição de 1980 até o plebiscito de 1988.

Um dos primeiros atos do novo governo chileno foi a criação, em 25 de abril de 1990, da Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, cujo relatório foi apresentado nove meses depois. A primeira condenação de agentes da repressão durante a ditadura militar ocorreu em 1985, durante ainda o período ditatorial, referente ao caso dos professores degolados naquele mesmo ano.³¹ Até o ano 2012,

²⁹ Disponível em <<http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/listado-de-condenados-a-octubre-de-2014/>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

³⁰ SANTOS, Eric Assis dos. *A transição à democracia no Chile: rupturas e continuidades do projeto ditatorial 1980-1990*. 2014. Dissertação (Mestrado em História) Faculdade de História. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014. p. 35 et seq. Disponível em <<http://www.historia.uff.br/stricto/td/1781.pdf>>. Acesso em: 25 dez. 2016.

³¹ Disponível em <<http://racismoambiental.net.br/?p=177449>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

76 agentes da repressão chilenos foram condenados por graves violações aos direitos humanos, estando 67 cumprindo pena de prisão.³²

Sabadell e Dimoulis asseveram que o fenômeno da justiça de transição no caso brasileiro, que foi gradual, estendendo-se por quase uma década, deve ser visto sob duas perspectivas. Em primeiro lugar sob a história do direito, cuja metodologia é investigar e comparar as decisões políticas adotadas em períodos de mudanças de regime político desde o Império até o fim da última ditadura militar. A segunda ótica é de política do direito sobre a oportunidade em se modificar o *status* legal acerca de fatos pretéritos motivados por alterações atuais internas e externas.³³

Por mais de duas décadas optou-se pela política de pacificação do “esquecimento” e pela não responsabilização penal dos crimes cometidos durante a ditadura militar. O ponto nuclear dessa política do “olvido” iniciou-se ainda durante o regime deposto com a lei n. 6.683/79, que concedeu anistia aos autores de crimes políticos cometidos no período. Já sob um governo civil, na Emenda Constitucional n. 26, de 1985, a anistia foi reafirmada e ampliada aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais. Abrangeu, também, aqueles que tenham sido punidos ou processados pelos atos praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

Em reforço a esta prática de esquecimento e ruptura com o passado, diversas medidas cíveis foram adotadas para garantir a indenização de todas as vítimas da ditadura. Sob o ponto de vista histórico, a anistia não foi um ato unilateral, não foi uma autoanistia, mas um acordo bilateral, funcionando como pressuposto para a transição do regime ditatorial para o democrático.

Em 1979 Batista escreveu um artigo sustentando que a tortura, os desaparecimentos forçados e os homicídios praticados no período ditatorial não se enquadrariam na classificação de crimes políticos ou conexos a crimes políticos e

³² Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2012/06/09/chile-agentes-da-ditadura-condenados-por-violacoes-a-dh-sao-76.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2016.

³³ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: considerações de história e política do direito. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 252 et seq.

que, por isso, não estariam abrangidos pela lei da anistia. Passados 30 anos, o ilustre autor confessa que estava errado, mas advoga, em sua defesa, o “calor dos acontecimentos”, vez que “havia sangue nos pisos dos porões”, mas sustenta que hoje, após a sedimentação jurisprudencial corroborada pela inação histórica do Ministério Público, a anistia não alcançar os torturadores significa “errar a sangue frio”.³⁴ Assim se manifesta, a saber.³⁵

A anistia existiu não só como lei, não só como Constituição, não só como jurisprudência, não só como doutrina: a anistia existiu como pacto político, imposto em sua forma pelos últimos governos militares porém, reivindicado e aceito por forças progressistas, e existiu como vivência social [...] Podemos, se quisermos, lamentar que a anistia tenha sido tal como foi. Não devíamos ter perdoado quem perdoamos; mas perdoamos. Agora é tarde.

O início do período de transição pode ser contado a partir de 1979, com o retorno do pluripartidarismo, a promulgação da lei de anistia e o fim do Ato Institucional n. 5.³⁶ Não obstante o primeiro presidente civil tenha sido eleito em 1985, certo é que somente em 1989 houve eleição livre e direta para um presidente civil, fechando por completo o ciclo transicional com a redemocratização do país.

Como já visto, a persecução penal dos agentes estatais repressores do regime militar brasileiro, como uma das medidas da justiça de transição, não foi levada a efeito nos momentos imediatamente posteriores à redemocratização, levando cerca 26 anos para ser proposta a primeira ação penal, a qual ainda se encontra hoje, após 32 anos do fim do governo militar, em fase de recurso para recebimento da denúncia.

Não obstante Pereira tenha construído sua tese na premissa de que o grau de coesão e integração entre as elites judiciárias e o oficialato das forças armadas justificasse a maior ou menor ruptura com a estrutura vigente, constata-se que essa assertiva não é restrita ao poder judiciário, devendo ser estendida com maior ou menor grau de integração aos demais órgãos de exercício da soberania estatal e a parcela considerável da sociedade civil.

³⁴ BATISTA, Nilo. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. *Justiça de Transição no Brasil*: Direito, responsabilidade e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010. p.16.

³⁵ Ibidem. p.17.

³⁶ ABRÃO, Paulo, TORELLY, Marcelo D. O programa de reparações como eixo estruturante da justiça de transição do Brasil. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição*: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, p. 475 et seq.

Não por acaso Seelander, traçando o mesmo paralelo de coesão, aponta para a relevância dos professores das faculdades de direito durante os regimes autoritários, mediante a montagem de estruturas teóricas legitimadores ou o silêncio em anos posteriores quando já findo o regime desta colaboração.³⁷

1.4.1 Os princípios de Chicago na justiça de transição

Diretrizes básicas para a concepção e implementação de políticas estatais para abordar graves violações aos direitos humanos ocorridas no passado foram fixadas, entre as quais se destacam os chamados princípios de Chicago. Esses princípios são o resultado de uma série de reuniões, ocorridas a partir de 2003, entre o Instituto de Direito Internacional dos Direitos Humanos (IHRLI) e o Conselho de Relações Exteriores de Chicago para discutir a justiça transicional e analisar os projetos de princípios, que ficaram conhecidos como “Os Princípios de Chicago sobre justiça de transição”.³⁸

Bassiouni aponta como primeiro princípio a necessidade de investigação e de persecução penal dos autores de graves violações aos direitos humanos, com primazia aos tribunais nacionais para processar e julgar essas violações. Isso sem prejuízo da possibilidade de que tribunais penais internacionais e tribunais nacionais de outros países exerçam jurisdição de forma supletiva, quando a justiça local não mostre imparcialidade e independência suficiente para levar adiante a persecução penal.

O segundo princípio exige a busca da verdade e a promoção de investigações por parte do Estado acerca do que ocorreu no passado. Nesse caso, as comissões da verdade exercem um papel de destaque para que as vítimas, seus familiares e a sociedade civil saibam, em todas as nuances, quando, como, onde e quem realizou atos de barbárie, abusando da autoridade estatal.

O terceiro princípio funciona como um anteparo para as vítimas e seus familiares reconduzindo a um *status* de dignidade mediante o acesso à justiça e realizando as devidas reparações. Ressalte-se que não se circunscrevem ao

³⁷ SEELANDER, Airtton Cerqueira Leite. Juristas e Ditadura: uma leitura brasileira. In: *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 415-432.

³⁸ BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007. Disponível em <https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

aspecto puramente financeiro, como pensões e indenizações, mas, também, podem ocorrer mediante compromissos de não repetição das violações, reabilitação, e, até mesmo, um pedido de desculpas às vítimas.

O quarto princípio preconiza que os Estados devem efetuar políticas de veto (*vetting policies*) como forma de depurar as instituições, proibindo os perpetradores de fazer parte, no atual regime, das forças de segurança. Devem, também, promover políticas de afastamentos de juízes e de outros servidores da administração da justiça que serviram de apoio ao governo opressor.

O quinto princípio estabelece a necessidade de os Estados apoiarem programas oficiais e iniciativas populares em memória das vítimas, com o objetivo de informar e educar a sociedade a respeito da violência política do passado e preservar a memória histórica.

O sexto princípio consiste no dever estatal específico focado para o acesso à justiça e ao programa de reparação a grupos indígenas e religiosos eventualmente atingidos pela repressão política do antigo regime, com ênfase no dever de apoiar e respeitar as tradições desses grupos.

O sétimo e último princípio prevê a reforma institucional e um governo eficaz e comprometido a restaurar a confiança do público com o empenho de fortalecer um sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Ao analisar os princípios acima, Japiassú e Miguens lecionam que a justiça de transição baseia-se no entendimento de que a pacificação social e a consolidação do Estado de Direito estão umbilicalmente vinculados com a busca da verdade e com a responsabilização dos culpados com vistas à promoção da paz.³⁹ Com efeito, as bases da justiça de transição estariam ancoradas num tripé formado na verdade, na responsabilização e na paz.

1.4.2 A verdade e a persecução penal

A busca pela verdade histórica constitui o objetivo do historiador, sendo um modelo instrumental da historiografia como ciência. Nessa empreitada, surgem os primeiros problemas relativos em saber o que é verdade, traçar a sua definição e,

³⁹ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. MIGUENS, Marcela Siqueira. Justiça de Transição: uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia. SIMON, Jan-Michael. DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 246 et seq.

sobretudo, como encontrá-la, quando, então, o campo de análise invade a filosofia, que pode adotar premissas diferentes e antagônicas, inexistindo, pois, uma verdade única e objetiva.

A verdade depende de dois fatores. O primeiro acerca do significativo das palavras e o segundo de como o mundo se ordena. Essa relativização impede a existência do enquadramento da verdade em uma fórmula, podendo-se, em determinadas situações, serem consideradas válidas múltiplas noções da verdade.

Femenick⁴⁰ elenca alguns modelos intercambiáveis de verdade, dos quais se destacam: a) verdade adequada; b) verdade contratada; c) verdade marxista; e d) verdade existencialista.

A verdade adequada seria uma adequação da coisa e da ideia, ou seja, é o enquadramento forçado e prévio entre um fato e uma ideia, baseada na certeza de seu autor lastreada somente em sua convicção íntima. A verdade contratada decorre das evidências e sinais das relações da sociedade, da qual a verdade seria uma espécie de codificação aceita por uma consciência comum dos integrantes da sociedade. A verdade marxista parte do pressuposto de que a análise das estruturas sociais e econômicas teria primazia em relação à interpretação direta dos fenômenos empíricos. Com efeito, essas estruturas criariam um sistema abstrato de relações; um sistema apto a gerar todo um processo histórico.

A verdade existencialista se traduz como algo plausível, possível, mas despido de seu caráter absoluto. Seria um fenômeno em constante mudança, elástico, conforme a concepção da existência de cada indivíduo. Nesse diapasão, a essência da verdade não seria própria de todas as verdades, possuindo cada uma sua própria ontologia.

Prossegue, ainda, o citado autor, afirmando que, para além das teorias da verdade, há o conceito da desconstrução das verdades estabelecidas, cujo ápice teórico foi elaborado por Jacques Derrida, por intermédio de um sistema crítico com relação aos significados da palavra. A compreensão do texto exigira uma análise de ideias, instituições e valores e dos mecanismos e elementos que lhes dão consistência racional e científica.

⁴⁰ FEMENICK, Tomislav R. *Em busca da verdade histórica*. Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte – IHGRN V. 90 – Anos 2013 /2014. Natal: Departamento Estadual de Imprensa, 2015. Disponível em <<http://www.tomislav.com.br/em-busca-da-verdade-historica/>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

A divergência acima esposada sobre os pressupostos filosóficos a respeito da busca da verdade impõe uma encruzilhada que pode ser assim entendida. A verdade seria a adequação ao real. No entanto, filosoficamente, o real inexistente como algo exterior, mas sempre interiorizado e, por isso, impregnado de idealismo, cabendo ao historiador medir a dosimetria da verdade.

O saber histórico neutro e objetivo é, em si, um resultado de um ranço positivista. No entanto, a subjetividade não é um contraponto, mas faz parte do próprio saber e da construção da verdade, sendo que o uso da epistemologia na sua construção não deve dispensar ou limitar qualquer instrumento apto para a sua realização. O breve relato acima já demonstra que, dentro da historiografia, a busca da verdade é um terreno de difícil acesso, devendo o historiador, como cientista, se valer de vários instrumentos para a sua obtenção, se é que isso seja possível.

Sob o ponto de vista do processo penal, há de se questionar se o Direito Penal se presta a esclarecer a verdade sobre o passado. Simon⁴¹ afirma que a verdade em um procedimento judicial criminal redundará, por evidente, numa verdade judicial penal, a qual está imbuída dos influxos de ordem jurídica e política.

O objetivo do processo penal é analisar uma hipótese cujo método de indagação histórica é modulado pelas formas jurídicas com vistas à obtenção de uma verdade “real”. No entanto, a verdade “real” encontra evidente tensão com as garantias do processo penal. Há de se entender que a contribuição do processo penal para fins de revelação da verdade se realiza e perfaz dentro das suas próprias quadras normativas de legitimação.

Martins⁴² assevera que, dentro do discurso jurídico, a verdade se cruza com a justiça processual, cujas barreiras processuais são imanentes ao contributo do processo penal para a descoberta da verdade. Desse modo, se a verdade não tiver sido atingida de acordo com o devido processo legal, significa dizer que não se descobriu a verdade, devendo-se impor a absolvição do réu. Conclui o autor que devido à seletividade estrutural do Direito Penal e a existência de limites normativos

⁴¹ SIMON, Jan-Michael. O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 362.

⁴² MARTINS, Antonio. Direito Penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do Direito Penal. In: PRITTWITZ, Cornelius et al. *Justiça de transição: análises comparadas Brasil-Alemanha* Brasília: Ministério da Justiça, 2015. p. 212 et seq.

do processo penal, torna-se difícil nutrir grandes esperanças no processo penal para a busca da verdade histórica.

Sob o ponto de vista jurídico, o esclarecimento da verdade real não é alcançável na via judicial, mas somente uma verdade processual penal que se esgota numa verdade forense limitada a condições jurídico-normativas de um caso concreto e específico que pode não dialogar com a verdade histórica.

Nesta perspectiva, a verdade processual penal pode contrariar a verdade histórica, servindo como um estratagema que não só impossibilita a obtenção da verdade real, mas a obscurece e a nega. Não é difícil se imaginar o quão difícil a obtenção de prova suficiente para fundamentar uma condenação, num processo instaurado com mais de 30 anos de atraso, contra um torturador em que a maioria de suas vítimas e testemunhas do fato já tenham falecido, num quadro absoluto de inexistência de exame de corpo de delito e impossibilidade material de realização de laudo indireto. O art. 155 do Código de Processo Penal impede que o juiz fundamente a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ainda que haja inúmeros testemunhas e relatos antigos, muitas das vezes prestados por pessoas já falecidas, que não poderão ser repetidos em juízo.

Desse modo, com base nesse quadro probatório limitado, perfeitamente factível quando se iniciam ações penais tardias, a absolvição por falta de provas criará o objetivo oposto ao pretendido pela busca da verdade por intermédio do processo penal, que será um atestado laureado pelo manto da coisa julgada em que um reconhecido e assumido perpetrador passará para *status* de "inocente".

Além da limitação jurídica apontada, há imbricações políticas descritas por Simon referente à funcionalização político-estrutural do processo penal, vinculada à ideia da oficialidade da relação processual que busca afastar a vontade das partes na sua solução final, assim como impõe a persecução penal como atribuição indeclinável do Estado para se alcançar a paz jurídica. A normatização da paz exige que o procedimento penal seja voltado a proferir decisões marcadas pela estabilidade. Com efeito, a necessidade de se conferir segurança jurídica pode levar a consequências de que o procedimento não garante, necessariamente, que a decisão proferida seja sempre a correta. A relação entre paz jurídica e verdade muitas vezes mais confunde do que clareia, uma vez que não deixa claro se o

procedimento se destina a produzir a paz jurídica ou a verdade, quando há uma tensão entre os dois fenômenos.⁴³

Martins⁴⁴ acrescenta, ainda, mais uma problemática de caráter político do Direito Penal para a busca da verdade, qual seja, a circularidade da argumentação a favor da punição. A necessidade da busca e divulgação da verdade seriam pressupostos para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, marcado pela ruptura com o regime opressor passado. No entanto, o uso do Direito Penal, que manteve intacta sua estrutura normativa e o seu sistema de justiça criminal, poderia significar, na verdade, mais como uma continuidade do que propriamente uma ruptura.

Nessa entoada, cumpre ainda mencionar o posicionamento de Sabadell de que inexistente no ordenamento jurídico nacional um “direito à verdade”. Sustenta a autora que os cidadãos possuem o direito ao livre desenvolvimento pessoal, cujo leque de faculdades engloba a construção e divulgação de posições históricas e manutenção de memórias, conforme a sua livre convicção.⁴⁵

O direito asseguraria, nesse aspecto, o direito à informação, *habeas data* e direito de petição. Os interesses juridicamente tutelados, sobretudo para as vítimas e seus familiares, seriam o de obter do Estado informações registradas nos arquivos oficiais em homenagem ao princípio da transparência. Com efeito, estariam acobertados nesse direito o de se saber o destino e o paradeiro de vítimas, a forma de seu tratamento quando sob custódia do Estado contidos em boletins médicos, os relatórios de inteligências etc.

Ao Estado caberia tão somente o papel de impedir que posicionamentos de pessoas ou grupos fossem avaliados oficialmente por um critério de verdade, além de proibir a censura de uma suposta falsidade. O raciocínio esposado pela autora ancora-se no imperativo da neutralidade do poder público diante da crença e das posições individuais, não podendo o Estado adotar determinada verdade como uma

⁴³ SIMON, Jan-Michael. O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 366.

⁴⁴ MARTINS, Antonio. Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. *Justiça de Transição no Brasil: Direito, responsabilidade e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64

⁴⁵ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: considerações de história e política do direito In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 264.

verdade oficial. Com efeito, defende a existência, para e perante o Estado, de um direito fundamental “à não verdade” como corolário do dever estatal de não julgar opinião de pessoas ou grupos. No entanto, adverte que o postulado acima teria eficácia somente para e perante o Estado, cabendo à sociedade civil se mobilizar na luta contra o esquecimento como resposta à política do olvido implementada.

Os pontos acima elencados evidenciam o quão tormentosa, dentro da própria historiografia, é a busca da verdade, devendo-se questionar se o Direito Penal revela-se como um instrumento adequado para esse propósito, tendo em vista as limitações de natureza jurídica e política cujo resultado, ao final, pode levar a compreensão do passado para um patamar ainda mais submerso.

Esses questionamentos não impedem ou diminuem a legitimidade do Direito Penal para apurar e punir agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura militar como forma de cumprimento da lei, mas apenas servem de alerta para que não se deposite a confiança de instrumentalizar o Direito Penal para um fim ao qual não se presta que é descobrir a verdade histórica.

1.5 Persecução penal e responsabilização

A responsabilização por graves violações contra os Direitos Humanos cometidas no passado é apontada como um conceito-chave para a superação do passado e pressuposto para fundação do Estado de Direito nos períodos transicionais. Duas questões, normalmente olvidadas, merecem ser exploradas. A primeira consiste na imagem associativa entre a aplicação de pena e a fixação de responsabilidade individual. A segunda seria estabelecer uma correlação entre a responsabilização individual e coletiva quando se envolve criminalidade de governo.

Tangerino aponta que o Direito Penal, hodiernamente, é considerado como um ramo do direito, com objeto próprio, cunhado pelo direito natural, extraído da razão ou da natureza humana, cujo propósito seria a defesa do contrato social, mediante a imposição de uma sanção específica afluiva, que se distancia daquelas de natureza privada e patrimonial. As finalidades da sanção seriam retribuir o mal realizado, como forma de reparação, e evitar a sua ocorrência. A vítima do crime

seria a sociedade lesada pelo descumprimento dos preceitos do contrato social e o autor do crime um sujeito livre, consciente e culpado que opta por descumprir a lei.⁴⁶

A noção de crime não tem qualquer possibilidade de definição ontológica. Crime não seria uma definição, mas, sim, um rótulo, um adjetivo cujo substantivo depende de uma construção jurídico-social variável de acordo com as condições de tempo e lugar. A conduta a ser caracterizada como crime viria seguida de uma consequência aflitiva, dolorosa, chamada pena. No entanto, nem sempre teria sido assim.

O direito germânico antigo esclarece que o crime era uma conduta causadora de um dano objetivo a uma vítima específica, a quem lhe era dado o direito de fazer reparação pelo instituto da vingança com o duplo sentido de impor uma dor ao agressor, imbuído de uma carga de humilhação, também, ao seu clã. Considerado como um dano individualizado a alguém, era lícito às partes negociarem a paz, possibilitando-se a compra do direito de vingança.

Sendo fraca a distinção entre os ilícitos civil e criminal, não havia marcos distintivos fundamentais sobre procedimentos judiciais, os quais eram regulados para a contenda entre dois particulares, baseados numa proposta horizontal de judiciário, que não tinha a pretensão de substituir a parte ofendida. Esse modelo vai, aos poucos, durante a Idade Média, dando lugar ao discurso imperial centralizador do interesse comum, responsável por administrar a justiça e a segurança dos habitantes do reino.

O delito passa a ser encarado não mais como uma agressão à vítima individualizada, mas a toda sociedade, representada pela figura do Rei. O procurador do Rei representava a vítima de cada delito, tornando necessário um novo rito para as demandas de natureza penal. O Estado confisca o conflito da vítima, fazendo do autor não mais o responsável por uma conduta, mas um autor da infração contra o Rei. O papel da composição na resolução dos conflitos foi perdendo espaço, já que o ato afrontoso seria direcionado contra a própria autoridade pública, que deveria enfrentá-lo.

A secularização do Estado superou a dicotomia entre leis divinas e naturais, fazendo surgir uma classe de leis da república. O criminoso não mais atinge ao rei

⁴⁶ TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Direito penal e justiça de transição. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 298 et seq.

com o delito, mas a sociedade, transformando-se num inimigo do contrato social. A reparação contra a vítima direta do crime não o extingue e a imposição da pena se torna ainda necessária como forma de forçar os homens a cumprir a lei, sendo esta a característica que define e distingue o Direito Penal dos demais ramos.

Dentro desse panorama é que o Direito Penal é chamado a fornecer respostas numa justiça de transição com um peculiar detalhe sobre a inversão dos papéis, conforme explica Sabadell.⁴⁷ Quando se aborda a criminalidade de governo, o papel do Estado sofre uma inversão: de garantidor dos direitos fundamentais passa à condição de seu principal violador, deixando suas vítimas desamparadas e à mercê da vontade dos detentores do poder.

Uma segunda inversão de papel ocorre quando os opositores do regime são transformados em inimigos do Estado e, com isso, deixam de ser vítimas das violações cometidas pelo próprio Estado. Essa dupla inversão talvez explique a invocação do Direito Penal tanto na ordem nacional quanto no Direito Internacional como instrumento de uma justiça de transição. No entanto, duas questões podem ser aqui problematizadas.

A primeira tem a ver com o fetiche da pena consistente na correlação entre sua função efetiva e as expectativas imaginárias depositadas pela sociedade. O retribucionismo, a aflição, a dor impingida pela sanção penal como veiculadora de uma reparação pelo dano e sofrimento causado às vítimas e seus familiares são transformadas em remédios aptos a cicatrizar o tecido social e a realizar a justiça. O segundo ponto, vinculado ao primeiro, é a percepção, pela vítima, de que a persecução penal e o respectivo sancionamento seriam o reconhecimento definitivo por parte do Estado acerca das injustiças cometidas pelos seus algozes do passado.

No caso do Brasil, o início da persecução penal após 30 anos da ocorrência dos fatos contra réus octogenários torna praticamente sem utilidade o processo penal, já que é alta a probabilidade da extinção da punibilidade por morte do agente. Além do mais, o caráter simbólico do uso do Direito Penal resta caracterizado pela alta seletividade dos processos iniciados, uma vez que, até hoje, pouquíssimos processos penais foram deflagrados com vistas a responsabilizar agentes da ditadura militar por graves violações contra os direitos humanos. Com efeito, esses

⁴⁷ SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 267 et seq.

dados, por si só, demonstram que esses processos penais não gerarão qualquer tipo de sancionamento criminal e, conseqüentemente, qualquer efeito preventivo ou retributivo, ainda que simbólico da pena.

A persecução penal avalia a responsabilidade individual, apontando quem, quando e em qual circunstância um crime foi cometido. A individualização da responsabilidade foi forjada, levando-se em conta uma sociedade democrática e livre. No entanto, conforme leciona Prittwitz,⁴⁸ quando se trata de crimes de Estado há um complexo de fatores, dinâmicas coletivas, conexões sistêmicas em que *déficits* estruturais e institucionais podem ser considerados como concausas para regimes autoritários.

A interação entre responsabilidade individual e coletiva deve ser sopesada com o objetivo de que ambas sejam levadas em conta no processo de responsabilização, não tratável no âmbito criminal. Utilizando por empréstimo o exemplo citado pelo autor, sobre a responsabilidade pelos cidadãos alemães mortos por soldados de fronteira, quando queriam atravessar o “Muro” que separava a porção leste do ocidente. Sob o ponto de vista penal, que aprecia a responsabilidade individual, rapidamente chega-se à conclusão de que os atiradores e os superiores que deram a ordem para atirar seriam os responsáveis pelos homicídios. No entanto, o afunilamento do estabelecimento da responsabilidade pela sua vertente individual pode fazer com que a responsabilidade coletiva seja deixada de lado ou minimizada.

Não se está a afirmar que se deve escolher entre a responsabilidade individual ou coletiva, como se fossem antagônicas, mas, sim, em estabelecer como uma influencia a outra. O indigitado autor, sob o ponto de vista criminológico, suscita um ponto interessante, em se tratando de macrocriminalidade estatal, uma vez que não há de se falar em punir comportamentos desviantes, tendo em vista ter ocorrido justamente o inverso. Os comportamentos em julgamento estão *conformes* com o sistema repressivo em vigor.

As responsabilidades individual e coletiva dialogam na sua relação inversa de proporcionalidade. Em outras palavras, a responsabilidade coletiva imputável, não apurável no processo penal, faz encolher a extensão e a profundidade da

⁴⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *Responsabilidade como conceito-chave das tentativas jurídico penais de superação do passado: responsabilidade individual vs. responsabilidade coletiva e responsabilidade pelo passado e pelo futuro* In: PRITTWITZ, Cornelius et al. *Justiça de transição: análises comparadas Brasil-Alemanha Brasília*: Ministério da Justiça, 2015. p. 251 et seq.

responsabilidade individualizável, inexistindo um critério rígido nessa interação móvel. Não se deve sucumbir à tentação do modelo de imputação de responsabilidade individual própria do Direito Penal tendente a acentuar a responsabilidade individual, olvidando-se da responsabilidade coletiva pelas graves violações contra os direitos humanos ocorridas no regime decaído.

Desse modo, é correta a observação de Tangerino, ao afirmar que o direito penal clássico e virulento não trará qualquer função positiva a fim de promover uma transição política democrática no Brasil.⁴⁹ O arsenal criminal disposto pelo Estado pode e deve ser acionado em tais casos como consequência do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, destituído de expectativa de política criminal para o qual não é vocacionado, sobretudo no que se refere à busca de uma verdade histórica e na imputação de responsabilidades em toda sua extensão e profundidade necessária para a promoção da paz.

⁴⁹ TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Direito penal e justiça de transição In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 310.

2 O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NA AMÉRICA LATINA

A problemática decorrente do desaparecimento de pessoas em conflitos armados não é recente, sobretudo nos grandes conflitos armados que acarretaram o desaparecimento de soldados mortos. Durante a guerra de secessão norte-americana, durante o século XIX, os combatentes recebiam um sinal distintivo identificador com nome, regimento e divisão a que pertenciam, cujo objetivo era identificar os corpos em caso de morte durante as batalhas. A partir da 1ª Guerra Mundial, seguindo as determinações da Cruz Vermelha, fixadas na Conferência Mundial de 1925, foi instituída a obrigatoriedade de que os soldados portassem junto de si plaquetas identificadoras, visando à localização dos corpos e à redução do número de soldados desaparecidos.⁵⁰

A partir de meados do século passado, o desaparecimento de pessoas deixou de ser uma consequência do conflito armado para constituir, em si, uma técnica específica bélica. Cornelius afirma que a primeira notícia da utilização, de forma sistemática, da técnica de combate ao desaparecimento forçado de pessoas no século passado ocorreu na antiga União Soviética (URSS) entre 1930 e 1953. Nesse período, agentes do governo russo, de forma habitual, efetuavam detenções clandestinas de pessoas que eram levadas ao *Glávnoye Upravléniye Ispravítel'no-trudovij Lageréi* (GULAG – Direção Geral de Campos de Trabalho), criado em momento anterior à ascensão de Hitler ao poder na Alemanha. As cifras são assustadoras, pois se calcula que cerca de 11,8 milhões de pessoas foram levadas para os campos de trabalho, entre as quais, cerca de 1,7 milhões teriam morrido no cárcere. Cerca de 90% das execuções sumárias, ocorridas entre 1937 e 1938, totalizando cerca de 650.000 homicídios, se deram de forma extrajudicial, olvidando-se o julgamento por tribunais, com a presença de defensores ou testemunhas.⁵¹

A primeira referência normativa que se tem notícia dessa forma de repressão consta no decreto sigiloso de 7 de dezembro de 1941 emitido pelo comando

⁵⁰ PERRUSO, Camila Akemi. *O desaparecimento forçado de pessoas no sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010. p. 17 e 18.

⁵¹ CORNELIUS, Kai. *Vom spurlosen verschwindenlassen zur bernachrichtigungspflicht bei festnahmen*. Berlim: Berliner wissenschafts-verlag, 2006 *apud* AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

supremo das forças armadas da Alemanha, o qual se tornou público após os julgamentos de Nuremberg.⁵² O primeiro militar a ser julgado e condenado à morte em 1946 pelo tribunal militar internacional pelo delito de desaparecimento forçado de pessoas foi Wilhelm Bodewin Keitel, chefe do comando supremo das forças armadas e signatário da rendição incondicional da Alemanha.⁵³

O decreto chamado de “noite neblina” (*Nacht und Nebel Erlass*) permitiu que opositores ao regime nazista nas áreas ocupadas, sobretudo na França, Bélgica, Noruega e Holanda, fossem detidos e transportados de forma clandestina para os campos de concentração nazistas, com a proibição de se fornecer qualquer informação a respeito de seus paradeiros. O decreto autorizava que pessoas consideradas “suspeitas” pudessem ser detidas e desaparecidas sem deixar qualquer pista acerca de suas localizações.

Aproximadamente 7.000 pessoas foram desaparecidas pelo regime nazista nessas condições com duplo objetivo. O primeiro foi o de semear o terror de forma a paralisar a oposição ao regime, inculcando uma situação de horror aos familiares e aos demais membros da resistência. O segundo visava a não transformação dos líderes da resistência em mártires, caso ocorressem prisões e julgamentos e aplicação de pena de morte. Ambos e Böhm⁵⁴ sustentam que o “noite neblina” decorreu da admiração que Hitler nutria pelo terror gerado pelas medidas de desaparecimento de Stalin.

Todavia, somente a partir da década de 1960, o desaparecimento forçado de pessoas foi galgado a um patamar de destaque como uma das principais e mais agressivas formas de repressão utilizada nas ditaduras latino-americanas. Molina Theissen assevera que o embrião desse fenômeno ocorreu na Guatemala que, no início dos anos 1960, encontrava-se em grave crise política, econômica e social. Após um golpe de Estado levado a efeito em 1963 encabeçado pelo coronel Enrique Peralta Azurdia, eclodiram focos de resistência e a formação de movimentos

⁵² NOWAK, Manfred. *Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions*. Comissão on Human Rights. Fifty-eighth session Report submitted by Mr. Manfred Nowak, i. E/CN.4/2002/71. 8 January 2002. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/3b00f5540.html>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

⁵³ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 55.

⁵⁴ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Ibidem* p. 54.

guerrilheiros.⁵⁵

A Constituição guatemalteca de 1958 foi suspensa; decretou-se estado de sítio, atos normativos de conteúdo autoritário e antidemocráticos de perseguição aos opositores do regime foram outorgados, destacando-se a lei de defesa das instituições democráticas. Nesse período, os desaparecimentos, mediante detenções por simples suspeitas, seguidas de torturas e assassinatos, foram se intensificando. Em março de 1966, durante a transição para o governo civil de Julio Cezar Mendez Montenegro, foram desaparecidos 28 dirigentes políticos e intelectuais, cujos corpos jamais foram encontrados.

As informações da época dão conta de que teriam sido capturados por determinação do então Ministro da Defesa, coronel Rafael Arriaga Bosque, e, após serem submetidos a interrogatório até a morte, tiveram seus corpos arremessados ao mar por aviões da força aérea. As detenções, cada vez mais, se tornaram mais longas, e, paulatinamente, foram convertidas em desaparecimentos, calculando-se que, entre os anos de 1963 e 1968, cerca de 45.000 pessoas desapareceram, somadas a 150.000 assassinatos políticos.⁵⁶

Num verdadeiro processo de metástase, o desaparecimento de pessoas foi acolhido e adotado praticamente por todos os governos ditatoriais latino-americanos que surgiram nos anos seguintes, chegando-se a formar uma cooperação internacional no cone sul de repressão, que ficou conhecida como operação Condor.⁵⁷ Essa aliança política militar entre os governos antidemocráticos da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Paraguai, Uruguai e Venezuela amplificou de forma ainda mais intensa as graves e profundas violações de direitos humanos no Cone Sul.

2.1 A proteção internacional contra o desaparecimento forçado de pessoas

A proteção dos direitos humanos, até a segunda grande guerra, era assunto eminentemente interno de cada Estado. No âmbito internacional, a pessoa

⁵⁵ MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas en América Latina*. KO'AGA ROÑETA, série VII, 1998, p. 65 et seq. Disponível em <<http://www.derechos.org/koaga/vii/molina.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁵⁶ Ibidem p. 68.

⁵⁷ A expressão Condor faz referência à ave predadora típica dos Andes notadamente pelo caráter ofensivo da aliança militar.

individualmente considerada ganhava destaque, basicamente, quando um Estado intentava conceder proteção a um nacional localizado em país estrangeiro ou no envio de diplomatas ou de representantes para o exterior. Sob tais perspectivas, desenvolveram-se os institutos da imunidade diplomática e a lei marcial que versa sobre conflitos armados tutelando civis, feridos e prisioneiros de guerra. Não havia, pois, uma proteção sistemática dos direitos humanos pela comunidade internacional.⁵⁸

Com o advento da primeira guerra mundial, houve incremento nessa concepção de relativização da soberania dos Estados com a criação da Liga Nações, cujo desiderato era o de promover a segurança, a paz e a cooperação internacional e a tutela contra agressões externas.⁵⁹

No entanto, a segunda guerra mundial, entre os anos de 1939 e 1945, demonstrou para a comunidade internacional que violações em massa aos direitos humanos trazem consequências catastróficas para além das fronteiras dos países diretamente envolvidos. Entrou em declínio a concepção de que a exclusiva submissão direta do indivíduo ao Estado em sua jurisdição interna estava vinculada necessariamente à ideia de soberania, com a exclusão da possibilidade da atuação de outros órgãos.

O indivíduo deixou de ser objeto de direito no âmbito internacional, para assumir um papel de sujeito de direitos, adquirindo capacidade internacional como objeto de tutela direta pela comunidade internacional. Assevera Piovesan que o “processo de internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo”.⁶⁰

Nesse modelo de tutela e cooperação internacional entre os Estados, por intermédio da Carta das Nações Unidas de 1945, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU) cuja finalidade era a de promover e consolidar o respeito aos direitos humanos para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Desde então, a iniciar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, um

⁵⁸ HEINTZE, Hans-Joachim. *Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. In: Manual prático de direitos humanos internacionais / Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos. [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. p. 24.

⁵⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional* – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.189 et seq.

⁶⁰ Ibidem, p. 191.

grande leque de normas gerais e setoriais foi elaborado até os dias atuais, seguido da criação de organismos designados a assegurar o cumprimento desses direitos pelos Estados. Com efeito, surgiu um sistema global de proteção dos direitos humanos.

Além da tutela global dos direitos humanos promovidos pela ONU, há sistemas de proteção regionais, que amplificam a tutela internacional, permitindo que valores e particularidades regionais ou locais possam ser objeto de tratados específicos. Atualmente, os três principais sistemas regionais são o europeu, interamericano e africano.⁶¹

O sistema interamericano, inserido no contexto da Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948, tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969, e tem como principais órgãos a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e a Corte Interamericana de Direito Humanos (Corte IDH).

A proteção contra o desaparecimento forçado de pessoas encontra tutela concorrente e complementar tanto no sistema global, por intermédio da ONU, quanto no sistema regional Interamericano de Direitos Humanos, pela Organização dos Estados Americanos.

A primeira Resolução da ONU a tratar exclusivamente do fenômeno do desaparecimento forçado nessa nova sistemática foi a de n. 33/173 por meio da qual mostra grande preocupação pelo incremento, em diversas partes do mundo, de casos de desaparecimento forçado de pessoas. A Resolução n. 33/173 aponta que a prática em comento viola os artigos III, IV, V, IX e XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que enunciam os direitos de liberdade, contra a tortura, contra a prisão arbitrária e por um julgamento justo e legal.⁶²

O documento internacional mencionado recomenda a comunidade internacional a empreender esforços para apuração de responsabilidade pelos excessos levados a efeito pelas forças de segurança que culminassem em desaparecimentos forçados ou involuntários de pessoas e a pronta localização dos

⁶¹ O sistema europeu foi criado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950, e seus Protocolos Adicionais. O sistema africano foi fundado mediante assinatura, em 1981, da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cuja vigência iniciou-se em 1987, assim como do respectivo Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, instituindo a Corte Africana dos Direitos Humanos.

⁶² ONU. Assembleia Geral. Resolução 33/173 adotada na 90ª plenária da 33ª Sessão, em 20 de dezembro de 1978.

desaparecidos.

Por intermédio da Resolução n. 20, a Comissão de Direitos do Homem criou, em 29 de fevereiro de 1980, grupo de trabalho com o objetivo de examinar questões relativas ao desaparecimento forçado de pessoas, em funcionamento até a presente data, o qual analisou cerca de 50.000 casos em mais de 70 países.⁶³

A Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, embora de caráter não convencional, foi o primeiro documento normativo no âmbito internacional a tratar especificamente sobre o ilícito de desaparecer pessoas. Aprovada pela ONU, a Resolução n. 47/133 define o desaparecimento forçado da seguinte maneira.⁶⁴

Todo ato de desaparecimento forçado subtrai a vítima da proteção da lei e causa grandes sofrimentos a ela e a sua família. Constitui uma violação das normas de direito internacional que garantem a todo o ser humano o direito ao reconhecimento da sua personalidade jurídica, o direito à liberdade e à segurança da sua pessoa e o direito de não ser submetido a torturas nem a outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Viola, além disso, o direito à vida, ou o coloca sob grave perigo.

Dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, foi aprovada a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP) pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.⁶⁵ O referido instrumento internacional somente foi ratificado pelo Brasil em 11 de abril de 2011, tendo sido depositado o respectivo instrumento em 03 de fevereiro de 2014. A sua entrada em vigor no plano jurídico externo ocorreu em 5 de março de 2014, sendo promulgado mediante o Decreto n. 8.766 de 11 de maio de 2016.⁶⁶ Assim, é definido o ilícito em questão.

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas

⁶³ ONU. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; tradução do Gabinete de Documentação e Direito Comparado. – Lisboa: Comissão para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal, 2001. p. 4 et seq. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/ficha6.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

⁶⁴ ONU. Assembleia Geral. Resolução A/RES/47/133, de 18 de dezembro de 1992.

⁶⁵ Disponível em <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/k.Desaparecimento.htm>>. Acesso em: 9 dez. 2016.

⁶⁶ BRASIL. Decreto 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8766.htm. Acesso em: 14 dez. 2016.

que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.

O Estatuto de Roma, assinado em 17 de julho de 1998, tipificou o delito de desaparecimento forçado como crime internacional de competência do Tribunal Penal Internacional. A sua internalização no ordenamento jurídico interno ocorreu em 2002,^{67 68} nos seguintes termos.

Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Por sua vez, a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, adotada em 20 de dezembro de 2006, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução A/RES/61/177, foi internalizada pelo Brasil.^{69 70} O conceito dessa grave forma de violação dos direitos humanos recebe os seguintes contornos.

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, o apoio ou o consentimento do Estado, seguido da recusa em reconhecer a privação de liberdade, ou do encobrimento do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, colocando-a assim fora do âmbito de proteção da lei.

⁶⁷ BRASIL. Decreto Legislativo 112, de 2002 aprova o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-112-6-junho-2002-391904-estatuto-1-pl.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

⁶⁸ BRASIL, Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁶⁹ BRASIL, Decreto Legislativo n. 661 de 1 de setembro de 2010 aprova o texto da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, assinada em Paris, em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2010/decretolegislativo-661-1-setembro-2010-608269-publicacaooriginal-129350-pl.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

⁷⁰ BRASIL, Decreto 8.767, de 11 de maio de 2016 que promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Percebe-se, cada vez mais, a crescente preocupação internacional sobre a prevenção e punição dos agentes responsáveis pelo desaparecimento forçado de pessoas. O desaparecimento forçado deve ser visto prioritariamente como uma estratégia de luta empreendida por governos ditatoriais contra opositoristas políticos, que acarreta graves e profundas violações em massa dos direitos humanos.

2.2 Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Dentro do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, aprovada em 1969 e com entrada em vigor no ano de 1978 é considerado um documento-chave. A CADH além de enunciar um leque de direitos civis, políticos e sociais, reconhece dois órgãos de monitoramento e implementação dos direitos por ela tutelados: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão IDH foi criada em 1959 servindo como mecanismo de proteção de direitos humanos dentro da OEA. Com regramento na CADH, regulamentos internos e o Estatuto de 1979, a Comissão IDH possui como atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados membros para que e adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos; c) preparar os estudos ou relatórios; d) solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas sobre questões relacionadas com os direitos humanos e prestar-lhes o assessoramento; f) apresentar um relatório anual à OEA.

A Corte IDH, composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA escolhidos mediante eleição, possui funções normativa e contenciosa para os Estados-parte que reconhecerem como obrigatória a sua competência para julgar a responsabilidade internacional de países que descumprirem os termos da CADH.

A Corte IDH teve a oportunidade de se debruçar sobre dezenas de demandas contra Estados-partes acerca de graves violações contra os direitos humanos decorrentes de casos de desaparecimento forçados. Embora atualmente sua

jurisprudência se encontre estável, é possível verificar uma evolução na consolidação da sua competência, qualificação e alcance dos sujeitos ativo e passivo, presunções de morte, direito violados e tempo de duração do desaparecimento forçado de pessoas. Ressalte-se que a competência da Corte IDH não é de natureza penal, mas sim, de aferir a responsabilidade internacional do Estado membro pelas violações das obrigações assumidas internacionalmente.

2.2.1 Velásquez Rodríguez versus Honduras

A Corte IDH, em 29 de julho de 1988, proferiu a primeira sentença condenatória em face da República de Honduras ao considerar provado que Manfredo Velásquez desapareceu em 12 de setembro de 1981, após ter sido sequestrado por homens ligados às forças armadas, dentro de um contexto sistêmico da prática de desaparecimentos a durante os anos de 1981 a 1984, no qual cerca de 100 a 150 pessoas desapareceram.

Além disso, o governo negava sistematicamente a detenção em si, sem informar o paradeiro e o destino das vítimas, tanto a seus parentes e advogados, quanto a pessoas ou entidades interessadas na defesa dos direitos humanos.

Diante do lapso temporal decorrido e a reconhecida prática de execução sumária dos desaparecidos, a Corte IDH presumiu a morte de Manfredo Velásquez⁷¹ e o fim da consumação do desaparecimento forçado.⁷²

Não obstante consumado o desaparecimento forçado e presumida morta a

⁷¹ Transcrevo: “e) Que Manfredo Velásquez desapareceu em 12 de setembro de 1981, entre 16:30 e 17:00 horas, em um estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, sequestrado por vários homens fortemente armados, vestidos em trajes civis, que utilizaram um veículo marca Ford de cor branca, sem placas e que hoje, quase sete anos depois, continua desaparecido, de maneira que se pode supor, razoavelmente, que está morto (testemunhos de Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos e recortes de jornal)”. Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 147, item E. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷² Transcrevo: “A Corte tem a convicção, e assim considerou provado, de que o desaparecimento de Manfredo Velásquez foi consumado por agentes que atuaram sob a cobertura de uma função pública. Mas, mesmo que não houvesse podido demonstrar-se tal coisa, a circunstância de que o aparato do Estado tenha se absterido de atuar, o que está plenamente comprovado, representa um descumprimento, imputável a Honduras, dos deveres contraídos em virtude do artigo 1.1 da Convenção, segundo o qual estava obrigada a garantir a Manfredo Velásquez o pleno e livre exercício de seus direitos humanos”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 182. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

vítima, a responsabilidade estatal pelo descumprimento das obrigações internacionais assumidas seria contínua, notadamente em relação às violações aos artigos 4, 5 e 7 da CADH que asseguram o direito à vida, integridade pessoal e liberdade física.⁷³

2.2.2 Godínez Cruz versus Honduras

Em 20 de janeiro de 1989, a Corte voltou a condenar Honduras pelo desaparecimento de Godínez Cruz ocorrido em 22 de julho de 1982. Saúl Godínez era professor dirigente com participação política ativa. Apesar de inexistirem provas diretas da participação de agentes do governo, haveria um conjunto de indícios aptos para fundamentar a presunção judicial de que o desaparecimento foi realizado dentro de um marco de ação governamental de combate aos opositores políticos em Honduras e que, dias anteriores, a vítima teria recebido ameaças e estaria sendo vigiada.

A única versão então apresentada pelo Governo para o seu desaparecimento foi de que a vítima teria se aliado a grupos subversivos em Cuba, sem qualquer

⁷³ Transcrevo: “O desaparecimento forçado de seres humanos constitui uma violação múltipla e contínua de numerosos direitos reconhecidos na Convenção e que os Estados-partes estão obrigados a respeitar e garantir. O seqüestro da pessoa é um caso de privação arbitrária de liberdade que transgride, além disso, o direito do detido a ser levado sem demora perante um juiz e para interpor os recursos adequados para controlar a legalidade da sua prisão, que infringe o artigo 7º da Convenção que reconhece o direito à liberdade pessoal e que no pertinente dispõe:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado da sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições fixadas de antemão pelas Constituições Políticas dos Estados-partes ou pelas leis ditadas conforme as mesmas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões de sua detenção e notificada, sem demora, da responsabilidade ou responsabilidades formuladas contra a mesma.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais e terá direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser colocada em liberdade, sem prejuízo de continuar o processo. A sua liberdade poderá estar condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento no juízo.
6. Toda pessoa privada de liberdade tem o direito a recorrer perante o juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade da sua prisão ou detenção e ordene a sua liberdade, se a prisão ou a detenção foram ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que vir-se ameaçada de ser privada da sua liberdade tem o direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, o referido recurso não pode ser restringido, nem abolido. Os recursos poderão ser interpostos por si ou por outra pessoa”. Caso Velasquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 155. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

base empírica. Ademais, o governo não procedeu nenhuma outra tentativa de justificar o desaparecimento da vítima, seja pelo sequestro por criminosos comuns ou outras pessoas sem vinculação com a prática de desaparecimento forçado implementado pelo Estado.

Não obstante consumado⁷⁴ o desaparecimento forçado e presumida morta a vítima,⁷⁵ a responsabilidade estatal pelo descumprimento das obrigações internacionais assumidas seria contínua, notadamente as violações aos artigos 4, 5 e 7 da CADH que asseguram o direito à vida, integridade pessoal e liberdade física.⁷⁶ Desse modo, apesar de ainda desaparecida, entendeu-se consumado o desaparecimento forçado face à presunção de sua morte, sendo de caráter contínuo a violação às obrigações internacionais assumidas.

2.2.3 Caballero Delgado e Santana versus Colômbia

No dia 7 de fevereiro de 1989 em Guaduas, município de San Alberto, Isidro Caballero Delgado e María del Carmen Santana Vila foram capturados por uma

⁷⁴ Transcrevo: "Existen suficientes elementos de convicción, y la Corte así lo ha declarado, para concluir que la desaparición de Saúl Godínez fue consumada por personas que actuaron bajo la cobertura del poder público. Pero, aunque no hubiera podido demostrarse tal cosa, la circunstancia de que el aparato del Estado haya servido para crear un clima en que el crimen de la desaparición forzada se cometiera impunemente y de que, con posterioridad a la desaparición de Saúl Godínez, se haya abstenido de actuar, lo que está plenamente comprobado, representa un incumplimiento imputable a Honduras de los deberes contraídos en virtud del artículo 1.1 de la Convención, según el cual estaba obligada a garantizar a Saúl Godínez el pleno y libre ejercicio de sus derechos humanos". Caso Godínez Cruz *versus* Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 192. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷⁵ Transcrevo: "El razonamiento anterior es aplicable respecto del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención (supra 165). El contexto en que se produjo la desaparición y la circunstancia de que seis años y medio después continúe ignorándose qué ha sido de él, son de por sí suficientes para concluir razonablemente que Saúl Godínez fue privado de su vida. Sin embargo, incluso manteniendo un mínimo margen de duda, debe tenerse presente que su suerte fue librada a manos de autoridades cuya práctica sistemática comprendía la ejecución sin fórmula de juicio de los detenidos y el ocultamiento del cadáver para asegurar su impunidad. Ese hecho, unido a la falta de investigación de lo ocurrido, representa una infracción de un deber jurídico, a cargo de Honduras, establecido en el artículo 1.1 de la Convención en relación con el artículo 4.1 de la misma, como es el de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción la inviolabilidad de la vida y el derecho a no ser privado de ella arbitrariamente, lo cual implica la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de ese derecho". Caso Godínez Cruz *versus* Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 198. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷⁶ Transcrevo: "De todo lo anterior se concluye que de los hechos comprobados en este juicio resultan que el Estado de Honduras es responsable de la desaparición involuntaria de Saúl Godínez Cruz. En consecuencia, son imputables a Honduras violaciones a los artículos 7, 5 y 4 de la Convención." Caso Godínez Cruz *versus* Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 195. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

patrulha militar colombiana em razão da participação ativa do primeiro como líder sindical dos professores.

Em 8 de dezembro de 1995, a Corte IDH decidiu que a Colômbia estava obrigada a continuar a processos judiciais sobre o desaparecimento e suposta morte das vítimas acima e punição de acordo com o direito interno, bem como a pagar indenização aos familiares das vítimas. Com efeito, da mesma forma que os casos anteriores, presumiu-se que as vítimas estavam mortas.⁷⁷

No entanto, pela primeira vez a Comissão Interamericana requereu que a Colômbia adequasse a sua legislação interna para que o desaparecimento forçado fosse tipificado no ordenamento jurídico interno como crime.⁷⁸

2.2.4 Blake versus Guatemala

Em final de março de 1985, os jornalistas Nicholas Blake e Griffith Davis, ambos de origem norte-americanos, residentes na Guatemala, foram detidos por uma guarnição vinculada às forças armadas e interrogados. Após, foram trasladados para a fronteira com *El Quiche*, onde foram executados, tendo seus corpos sido jogados no matagal e cobertos com troncos de árvores. Os restos mortais de Davis e Blake foram encontrados 16 de março de 1992 e 14 de junho de 1992, respectivamente.

Em 24 de janeiro de 1998, a Corte IDH declarou que a Guatemala violou, em prejuízo dos familiares de Nicholas Chapman Blake, as garantias judiciais estabelecidas no artigo 8º(1), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos no sentido assegurar aos familiares das vítimas o direito de que ter seus desaparecimentos e mortes efetivamente investigados pelas autoridades da

⁷⁷ Transcrevo: “64. Dado el corto tiempo transcurrido entre la captura de las personas a que se refiere este caso y su presunta muerte, la Corte considera que no ha habido lugar a la aplicación de las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención y que, en consecuencia, no existe la violación de ese artículo.” Caso Caballero Delgado e Santana *versus* Colômbia, sentença de mérito. Parágrafo 64. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷⁸ Transcrevo: “53. En cuanto a reparaciones no pecuniarias la Comisión solicitó la reforma de la legislación colombiana respecto del recurso de hábeas corpus, la tipificación legislativa del delito de desaparición forzada de personas y que los procedimientos judiciales sobre la desaparición de Isidro Caballero Delgado y María del Carmen Santana permanezcan en la competencia de la justicia ordinaria y no sean transferidos al fuero militar. Caso Caballero Delgado e Santana *versus* Colômbia, sentença de reparação. Parágrafo 53. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

Guatemala, punindo-se os responsáveis, assim como caberia o direito à indenização pelos danos e prejuízos sofridos.

A Corte IDH, nesse julgamento, enfrentou uma questão preliminar referente à sua própria competência em razão do tempo. A Guatemala é Estado-parte na Convenção Americana, desde 25 de maio de 1978 e aceitou a competência contenciosa da Corte IDH em 9 de março de 1987. Com efeito, da sentença de exceções preliminares de 2 de julho de 1996, restou consignado que a Corte IDH somente tem competência para conhecer os efeitos e fatos ocorridos posteriormente a 9 de março de 1987.

A Corte IDH assentou que como a privação da liberdade e a morte de Blake foram consumadas em março de 1985, antes, portanto, da aceitação da sua competência contenciosa pela Guatemala, não teria competência para julgá-las.^{79 80} Não obstante a sua consumação, restavam, todavia, alguns efeitos dela decorrentes que poderiam se estender no tempo de forma contínua ou permanente até o momento em que foi estabelecido o destino ou paradeiro da vítima.

No caso concreto, haja vista que os restos mortais das vítimas foram localizados em 1992, posteriormente ao reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte em 1987, foi possível a análise de algumas violações à CADH pela Guatemala. Desse modo, a Corte não analisou o ato de desaparecimento forçado em si, haja vista que considerou consumado antes do reconhecimento da

⁷⁹ Transcrevo: “81. No seu documento de alegações finais, a Comissão sustentou que a Guatemala violou o direito à liberdade pessoal do Senhor Nicholas Blake, e que esta violação estendeu-se até 1992, quando cessou o desaparecimento. 82. A Corte destaca que a detenção do Senhor Nicholas Blake, a partir da qual se deu início o seu desaparecimento forçado, foi um ato que se consumou em 28 ou 29 de março de 1985, ou seja, antes da data do reconhecimento pela Guatemala da competência da Corte. Como na sua sentença de exceções preliminares, em 2 de julho de 1996, a Corte decidiu que somente tem competência para se pronunciar acerca dos efeitos e fatos posteriores à data de reconhecimento da sua competência (9 de março de 1987), a Corte considera que não se pode pronunciar acerca da detenção do Senhor Nicholas Blake, de conformidade com o artigo 7º da Convenção Americana”. Caso Blake *versus* Guatemala, sentença de mérito. Parágrafos 81 e 82. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁸⁰ Transcrevo: “86. A Corte adverte que a morte do Senhor Nicholas Blake, ocorrida durante o desaparecimento forçado, foi um ato consumado, de acordo com algumas provas testemunhais e com a certidão de óbito (supra, parágrafo 52.a e m), em 28 ou 29 de março de 1985, ou seja, antes da data do reconhecimento, pela Guatemala, da competência da Corte. Como na sentença de exceções preliminares, de 2 de julho de 1996, decidiu-se que somente tem competência para se pronunciar acerca dos efeitos e fatos posteriores à data de reconhecimento da sua competência (9 de março de 1987), este Tribunal considera que não pode se pronunciar sobre a morte do Senhor Nicholas Blake, de conformidade com o artigo 4º da Convenção Americana”. Caso Blake *versus* Guatemala, sentença de mérito. Parágrafo 86. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

competência da Corte, mas as consequências decorrentes do ilícito em questão, em especial o direito dos familiares a uma investigação séria e isenta por parte das autoridades da Guatemala acerca das mortes e desaparecimentos das vítimas.

2.2.5 Trujillo Oroza versus Bolívia

José Carlos Trujillo Oroza, nascido em 15 de maio de 1949, foi detido em 23 de dezembro de 1971, na cidade de Santa Cruz, Bolívia, sendo visto pela última vez em 2 de Fevereiro de 1972. A Corte IDH considerou provado que a vítima foi torturada, não havendo notícias de seu paradeiro desde então.

Em 27 de fevereiro de 2002, a Corte IDH condenou a Bolívia a utilizar todos os meios necessários para localizar os restos da vítima e entregá-los às suas famílias, assim como deveria tipificar no seu ordenamento jurídico interno o desaparecimento forçado de pessoas. Ademais, estabeleceu que o Estado tem o dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelo ilícito em comento, entre outras medidas de natureza cível.

Nesse julgamento, a Corte IDH altera a sua jurisprudência⁸¹ do caso Blake *versus* Guatemala para analisar a privação da liberdade ocorrida anteriormente ao

⁸¹ Transcrevo: “10. Por una confluencia favorable de factores, la Corte Interamericana en fin logró, en la presente Sentencia de reparaciones en el caso Trujillo Oroza, establecer un importante precedente para la consideración del delito de desaparición forzada de personas y las correspondientes reparaciones. Intentar ‘individualizar’ o ‘separar’ los hechos de un caso como el de Trujillo Oroza llevaría a una fragmentación y desfiguración indebidas de aquel delito, con consecuencias negativas no sólo para las víctimas y sus familiares, sino también, en última instancia, para el propio régimen jurídico de la protección internacional de los derechos del ser humano”.

11. La misma atención prestada por la Corte a la integralidad de la situación continuada de la desaparición forzada de la víctima, en su Sentencia sobre el fondo en el caso Trujillo Oroza, se impone igualmente en su presente Sentencia de reparaciones. La Convención Americana estipula que cuando la Corte decida que hubo violación de un derecho protegido por dicha Convención, la Corte dispondrá que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración” de tal derecho (artículo 63(1)). Hay, pues, un claro e ineluctable nexo de causalidad entre el establecimiento de las violaciones de los derechos humanos bajo la Convención Americana y las reparaciones debidas en consecuencia de dichas violaciones, que pueden configurarse por una situación continuada.

12. El concepto de situación continuada encuentra respaldo en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, como lo indiqué, con detalles, en mi Voto Razonado en el supracitado caso Blake (fondo, 1998, párr. 11), al cual me permito aquí referirme¹⁰. En efecto, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas), v.g., han asumido jurisdicción en casos en que, aunque los hechos hayan tenido inicio antes de la entrada en vigor de los respectivos tratados de derechos humanos para los Estados Partes en cuestión, han surtido efectos que se prolongan en el tiempo después de aquella entrada en vigor.” Caso Trujillo Oroza *versus* Bolívia, sentença de reparação. Parágrafos 10, 11 e 12. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

reconhecimento da jurisdição da Corte por parte da Bolívia.⁸² Desse modo, ficou assentado que enquanto não esclarecido o paradeiro da vítima, não chega ao fim a consumação do desaparecimento forçado, sendo competente a Corte para analisar todas as fases do desaparecimento, ainda que parte dele tenha ocorrido antes da aceitação da jurisdição da Corte.

2.2.6 Radilla Pacheco versus México

A Corte IDH, em 23 de novembro de 2009, analisou o desaparecimento forçado de Rosendo Radilla Pacheco, que teria ocorrido em 25 de agosto de 1974, promovido pelo exército no estado de Guerrero, no México, e que, após mais de 33 anos, o México não teria logrado estabelecer o paradeiro da vítima ou encontrar seus restos mortais, assim como não puniu os responsáveis, nem indenizou seus familiares de forma satisfatória.⁸³

Restou afastada a tese de que se estaria aplicando a CADH de forma retroativa, uma vez que somente em 24 de março de 1981 é que foi procedido o depósito do instrumento de adesão ao citado pacto, antes da ocorrência do desaparecimento forçado de Radilla. Igualmente ao caso Trujillo Oroza *versus* Bolívia, os elementos e fases integrantes do desaparecimento forçado foram considerados contínuos e permanentes, cujas consequências reverberam enquanto

⁸² Transcrevo: "72. La Corte tiene presente que algunos de los hechos de este caso son anteriores a las fechas de la ratificación de la Convención Americana y del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado. Sin embargo, observa igualmente la Corte que el Estado demandado no objetó que se consideraran los hechos del caso como un todo, y respecto de la totalidad del período comprendido entre 1971 y la fecha de la presente Sentencia. Cabe asimismo señalar que merece tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional de Bolivia señaló (infra párr. 107) que "la privación ilegal de libertad o detenciones ilegales [...] es un delito permanente", que "la prescripción de los delitos permanentes se debe empezar a contar desde el día en que cesa la ejecución del delito" y "que la víctima no ha recuperado hasta el presente su libertad; consecuentemente, no ha comenzado a correr la prescripción". En razón de lo anteriormente expuesto, la Corte examinará y decidirá sobre la situación continuada de desaparición forzada del señor José Carlos Trujillo Oroza y las consecuencias de dicha situación." Caso Trujillo Oroza *versus* Bolívia, sentença de reparação. Parágrafo 72. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁸³ Transcrevo: "2. Los hechos del presente caso se refieren a la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Según la Comisión Interamericana, las alegadas violaciones derivadas de este hecho "se prolongan hasta la fecha, por cuanto el Estado mexicano no ha establecido el paradero de la [presunta] víctima ni se han encontrado sus restos". De acuerdo a lo alegado por la Comisión, "[a] más de 33 años de los hechos, existe total impunidad ya que el Estado no ha sancionado penalmente a los responsables, ni ha asegurado a los familiares una adecuada reparación". Caso Radilla Pacheco *versus* México *versus* Bolívia, sentença de mérito. Parágrafo 2. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

o paradeiro da vítima é desconhecido ou não são encontrados seus restos mortais.⁸⁴

2.2.7 Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia

No dia 1º de setembro de 2010, a Corte IDH julgou demanda contra a Bolívia pelo desaparecimento forçado de Rainer Ibsen Cárdenas e José Luis Ibsen Peña ocorridos em outubro de 1971 e fevereiro 1973, respectivamente, no marco repressivo da ditadura militar sob o comando de Hugo Banzer Suarez, assim como pela impunidade e ausência de reparação das famílias pelos danos sofridos. Os restos mortais de Rainer Ibsen Cárdenas foram encontrados, identificados e devolvidos às suas famílias em 2008, estando incerto, até hoje, o paradeiro de José Luis Ibsen Peña.⁸⁵

Com efeito, é reafirmada mais uma vez a guinada jurisprudencial promovida no caso Trujillo Oroza *versus* Bolívia ao considerar que o desaparecimento forçado é um fenômeno indivisível cuja conclusão se opera somente após o esclarecimento do destino final da vítima. Assim, o caráter permanente do ilícito tornaria possível a sua análise pela Corte, ainda que a assinatura, o depósito do instrumento de ratificação da CADH e o reconhecimento da competência da Corte não tenham se realizado

⁸⁴ Transcrevo: “145. De todo lo anterior, puede concluirse que los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter permanente, y que sus consecuencias acarrearán una pluriofensividad a los derechos de las personas reconocidos en la Convención Americana mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos, por lo cual, los Estados tienen el deber correlativo de investigarla y, eventualmente, sancionar a los responsables, conforme a las obligaciones derivadas de la Convención Americana y, en particular, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

146. En tal sentido, el análisis de la desaparición forzada debe abarcar la totalidad del conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal en el presente caso¹³⁶. Sólo de este modo el análisis legal de la desaparición forzada es consecuente con la compleja violación a derechos humanos que ésta conlleva¹³⁷, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias¹³⁸, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional”. Caso Radilla Pacheco *versus* México *versus* Bolívia, sentença de mérito. Parágrafos 145 e 146. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁸⁵ Transcrevo: “2. La demanda se relaciona con la alegada “desaparición forzada de [los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña] a partir de octubre de 1971 y febrero de 1973 respectivamente, en el marco de la dictadura militar liderada por Hugo Banzer Suárez [en Bolivia], seguida de la [presunta] impunidad en que se encuentran tales hechos, así como la [alegada] falta de reparación a sus familiares por los daños causados y la incertidumbre sobre el paradero de una de las víctimas”. De acuerdo a lo señalado por la Comisión, el paradero del señor Rainer Ibsen Cárdenas fue establecido en el año 2008, cuando sus restos fueron localizados, identificados y entregados a sus familiares, lo cual no ha ocurrido respecto a José Luis Ibsen Peña”. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *versus* Bolívia, sentença de mérito. Parágrafo 2. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

quando do momento da privação da liberdade ou quando da ocorrência da morte da vítima, desde que não tenha ocorrido a localização dos seus corpos ou esclarecimento de seu paradeiro.⁸⁶

2.2.8 Gomes Lund e outros versus Brasil (Guerrilha do Araguaia)

Na análise do Caso Gomes Lund e outros, denominado de Guerrilha do Araguaia, no qual o Brasil foi condenado, em 24 de novembro de 2010, pelo desaparecimento forçado de um grupo de guerrilheiros, na década de 1970, na região do Araguaia, os precedentes Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *versus* Bolívia e Radilla Pacheco *versus* México foram citados expressamente para fundamentar a conclusão de que o desaparecimento forçado é um fenômeno único e integral, ainda que composto por uma pluralidade de condutas.⁸⁷ Ademais, a morte da vítima não seria suficiente para o fim da sua consumação, vez que seria necessário o esclarecimento acerca do seu paradeiro.⁸⁸

Com base na premissa acima, a Corte não conheceu o desaparecimento forçado da vítima Maria Lúcia Petit da Silva, uma vez que seus restos mortais foram encontrados e identificados em 1996, dois anos antes do reconhecimento da

⁸⁶ Transcrevo: “59. Por otra parte, en el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se conozca con certeza su identidad. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.” Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *versus* Bolívia, sentença de mérito. Parágrafo 59. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁸⁷ Transcrevo: “101. Este Tribunal considera adecuado reiterar o fundamento jurídico que sustenta uma perspectiva integral sobre o desaparecimento forçado de pessoas, em virtude da pluralidade de condutas que, unidas por um único fim, violam de maneira permanente, enquanto subsistam, bens jurídicos protegidos pela Convenção”. Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, sentença de mérito. Parágrafo 101. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁸⁸ Transcrevo: “110. De todo o exposto, pode-se concluir que os atos que constituem o desaparecimento forçado têm caráter permanente e que suas consequências acarretam uma pluriofensividade aos direitos das pessoas reconhecidos na Convenção Americana, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, motivo pelo qual os Estados têm o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana.” Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, sentença de mérito. Parágrafo 110. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez 2016.

competência da Corte pelo Brasil. O ciclo de encerramento das fases do desaparecimento forçado encerrou-se, pois, com a localização e identificação das ossadas da vítima.⁸⁹

2.2.9 Gelman versus Uruguai

Em 24 de fevereiro de 2011, a Corte IDH condenou o Uruguai, que é parte da CADH, desde 1985, quando também reconheceu a competência contenciosa da Corte, pelo desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, ocorrido no final do ano de 1976, após ser detida em Buenos Aires, na Argentina.

O sequestro foi cometido por agentes estatais uruguaios e argentinos no contexto da política repressiva da “Operação Condor”, sem jamais ter se esclarecido o paradeiro da vítima. María Claudia García, quando levada para o Uruguai, estava grávida, tendo dado à luz a María Macarena Gelman García Iruretagoyena, que foi entregue, assim que nasceu, a uma família uruguaia. O estágio avançado de gravidez de María Claudia García tornou o caso especialmente grave, já que inserido num contexto de desaparecimentos de mulheres grávidas e de subtração indevida de crianças ocorridas no bojo da Operação Condor.

Ou seja, resta consolidada, no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o posicionamento de que o momento de cessação do desaparecimento forçado, para fins de análise da violação das obrigações internacionalmente assumidas, ocorre somente com o aparecimento da

⁸⁹ Transcrevo: “15. A fim de determinar se tem ou não competência para conhecer de um caso ou de um de seus aspectos, de acordo com o artigo 62.1 da Convenção Americana²⁰, a Corte deve levar em consideração a data de reconhecimento da competência por parte do Estado, os termos em que se deu esse reconhecimento e o princípio de irretroatividade, disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

16 “O Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998 e, em sua declaração, indicou que o Tribunal teria competência para os ‘fatos posteriores’ a esse reconhecimento²². Com base no anteriormente exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado, que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento da competência²³. Por esse motivo, fica excluída da competência do Tribunal a alegada execução extrajudicial da senhora Maria Lúcia Petit da Silva, cujos restos mortais foram identificados em 1996, ou seja, dois anos antes de o Brasil reconhecer a competência contenciosa da Corte, bem como qualquer outro fato anterior a esse reconhecimento. Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, sentença de mérito. Parágrafos 15 e 16. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

vítima viva ou de seus restos mortais identificados.⁹⁰

2.3 Direitos humanos internacionalmente tutelados pelo desaparecimento forçado

A proteção contra o desaparecimento involuntário de pessoas visa resguardar uma série de direitos fundamentais do ser humano. No entanto, houve uma evolução no entendimento acerca de quais direitos seriam direta e imediatamente protegidos pela repressão do desaparecimento involuntário de pessoas no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Atualmente, a Corte IDH reconhece a responsabilidade internacional do Estado pela violação à liberdade pessoal, à integridade pessoal, à vida e à personalidade jurídica,⁹¹ todos previstos na CADH.

2.3.1 Direito à liberdade pessoal

O direito à liberdade pessoal, previsto no art. 7 da CADH,⁹² foi reconhecido no

⁹⁰ Transcrevo: "64. O conceito de desaparecimento forçado de pessoas se consolidou internacionalmente como grave violação de direitos humanos graças à particular relevância das transgressões que implica e à natureza dos direitos violados". Caso *Gelman versus Uruguai*, sentença de mérito.

65. Esta caracterização é consistente com outras definições presentes em diferentes instrumentos internacionais⁶³ que afirmam como elementos concorrentes e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa interessada. 64 Além disso, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos,⁶⁵ as decisões de diferentes instâncias das Nações Unidas,⁶⁶ assim como de várias Cortes Constitucionais e outros altos tribunais dos Estados americanos,⁶⁷ coincidem com a caracterização indicada.⁶⁸

66 "A comunidade internacional vem tentando responder ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas desde os anos 1980. O Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados e Involuntários de Pessoas das Nações Unidas desenvolveu, nessa década, uma definição operacional do fenômeno, nela destacando a detenção ilegal por agentes, dependência governamental ou grupo organizado de particulares atuando em nome do Estado ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento".

⁹¹ Transcrevo: "125. Em consideração ao exposto anteriormente, a Corte Interamericana conclui que o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos, respectivamente, nos artigos 3, 4, 5 e 7, em relação ao artigo 1.1, da Convenção Americana, em prejuízo das seguintes pessoas: Adriano Fonseca Fernandes Filho, [...]". Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, sentença de mérito. Parágrafo 125. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁹² Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições

primeiro julgamento pela Corte IDH no caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, uma vez que o desaparecimento forçado implica necessariamente uma detenção que descumpra as formalidades legais, seja logo de início ou no seu desenrolar, que a torna irregular e arbitrária.⁹³

Constata-se que o comando normativo acima se dirige essencialmente ao Estado uma vez que objetiva que todo o ato de privação da liberdade levado a efeito por agentes públicos sejam balizados por regras básicas que permitam aferir a sua legalidade durante todo o tempo em que o encarcerado estiver sob a tutela estatal. A liberdade pessoal é tutelada contra detenções arbitrárias e ilegais promovidas por forças de segurança de forma sistemática no contexto das ditaduras militares que eclodiram no cone sul durante a Guerra Fria.

2.3.2 Direito à integridade pessoal

O desaparecimento involuntário de pessoas infringe o direito à integridade

previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da detenção e notificada, sem demora, da acusação ou das acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁹³ Transcrevo: “186. Por obra do desaparecimento, Manfredo Velásquez foi vítima de uma detenção arbitrária, que o privou da sua liberdade física, sem fundamento em causas legais e, sem ser levado perante um juiz ou tribunal competente que conhecesse sua detenção. Tudo isso infringe diretamente o direito à liberdade pessoal reconhecido no artigo 7º, da Convenção (supra 155) e constitui uma violação, imputável ao Estado de Honduras, dos deveres de respeitá-lo e garanti-lo, consagrado no artigo 1º(1) da mesma Convenção. Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 186. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

pessoal insculpido no art. 5º da CADH,⁹⁴ conforme asseverado também no primeiro julgamento levado a efeito pela Corte IDH.⁹⁵

A integridade pessoal é um direito fundamental que implica duas vertentes. A positiva consistente na possibilidade de desfrutar da integridade física, psicológica e moral. Sob a perspectiva negativa, há o dever de não maltratar, não ofender, não torturar e não comprometer ou prejudicar a integridade física e moral das pessoas.

Para o seu integral desenvolvimento, necessário que a pessoa mantenha íntegras suas faculdades corporais e espirituais, ou seja, o conjunto de condições que lhe permitam usufruir a vida com a plenitude de suas funções orgânicas e psíquicas.⁹⁶ Sob o aspecto físico, refere-se à conservação do corpo humano no seu contexto anatômico e o equilíbrio funcional e fisiológico dos diferentes órgãos. No âmbito psicológico, define-se como a preservação total e não diminuída da psique do ser humano, garantindo-lhe as habilidades relativas ao raciocínio, memória, compreensão e vontade. Sob o aspecto moral, a integridade se refere à capacidade

⁹⁴ Artigo 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

⁹⁵ Transcrevo: "187. O desaparecimento de Manfredo Velásquez é de violação do direito à integridade pessoal reconhecido no artigo 5º da Convenção (supra 156). Em primeiro lugar, porque o só fato do isolamento prolongado e da incomunicabilidade coativa representa um tratamento cruel e desumano que lesa a integridade psíquica e moral da pessoa e o direito de todo detido a um trato respeitoso da sua dignidade, em contradição com os parágrafos 1º e 2º do citado artigo. Em segundo lugar, porque, mesmo quando não tenha sido demonstrado de modo direto que Manfredo Velásquez foi torturado fisicamente, a mera circunstância de que o seu seqüestro e cativo tenham ficado por conta de autoridades, que comprovadamente submetiam os detidos a vexames, crueldades e torturas, representa a inobservância, por parte do Estado de Honduras, do dever imposto pelo artigo 1º(1), em relação aos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, da Convenção. Com efeito, a garantia da integridade física de toda pessoa e de que todo aquele que seja privado da sua liberdade seja tratado com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano, implica a prevenção razoável de situações virtualmente lesivas dos direitos protegidos. Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 187. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁹⁶ PEREZ, Luís Carlos. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1991.

e à autonomia do indivíduo para se manter, modificar e desenvolver seus valores pessoais.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a incomunicabilidade imposta à vítima representa um tratamento cruel e desumano que atinge sua integridade psíquica e moral, ainda que não haja comprovação de submissão efetiva à tortura ou outros meios de imposição de dor física, embora tais procedimentos ilícitos normalmente acompanhem o ato de desaparecimento forçado.

No entanto, no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia*, a Corte IDH retrocedeu, ainda que de forma pontual, nesse entendimento, vez que exigiu prova de que a vítima tenha sido submetida a tortura ou maus tratos para que houvesse violação a sua a integridade pessoal.⁹⁷

Os familiares da pessoa desaparecida também são reconhecidos igualmente como vítimas do ilícito por face ao grave sofrimento imposto pela incerteza do paradeiro de seu ente querido, em não saber se está vivo, onde e em que condições. Outrossim, a dor e a angústia causadas pela ausência de informações sobre o destino da vítima, é encarada como uma forma de tratamento cruel e desumano para os parentes, sendo presumível o dano a seus familiares.⁹⁸

⁹⁷ Transcrevo: “65. Tampoco considera la Corte que se ha violado el derecho a la integridad personal garantizado por el artículo 5 de la Convención, ya que a su juicio no hay prueba suficiente de que los detenidos hayan sido torturados o sometidos a malos tratos”. Caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia*, sentença de mérito. Parágrafo 65. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁹⁸ Transcrevo: “133. Os fatos também afetaram o direito à integridade pessoal de Juan Gelman, em especial o direito a que se respeite sua integridade psíquica, contemplado no artigo 5.1 da Convenção, já que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas. Em particular, em casos que envolvem o desaparecimento forçado de pessoas, é possível entender que a violação do direito à integridade psíquica e moral dos familiares da vítima é uma consequência direta desse fenômeno, que lhes causa um severo sofrimento pelo próprio fato, que se incrementa, entre outros fatores, pela constante negativa das autoridades estatais em proporcionar informação acerca do paradeiro da vítima ou de iniciar uma investigação eficaz para obter o esclarecimento do sucedido. Ademais, a privação do acesso à verdade sobre os fatos a respeito do destino de um desaparecido constitui uma forma de tratamento cruel e desumano para os familiares próximos, o que faz presumir um dano à integridade psíquica e moral de familiares diretos de vítimas de certas violações de direitos humanos.

134. Dessa forma, é evidente a violação do referido direito no caso de Juan Gelman, tanto pelas consequências sofridas em relação aos fatos do caso, quanto por sua busca por justiça. Em seu testemunho prestado perante a Corte, Juan Gelman manifestou que o fato de não saber a verdade sobre o ocorrido com María Claudia García o afeta profundamente e que, além das vidas de seu filho e de sua nora, foi privado de 23 anos da vida de sua neta, quem não viu crescer, não viu dar seu primeiro passo, nem chama-lo “abelo”, o que lhe gerou um vazio que tanto María Macarena Gelman como ele estão tentando superar e construir para frente, diante da impossibilidade de reconstruir o passado. A perita Deutsch observou que Juan Gelman pode relatar os fatos, mas tem dificuldades para falar de seus sentimentos como uma “questão de pudor duplo: pessoal e por não carregar (emocionalmente) ao outro”. “Além de imaginar os últimos momentos de Marcelo e María Claudia, teve impedimentos para dar impulso à busca por sua neta em função da incapacidade de

2.3.3 Direito à vida

A vida, consagrado no art. 4 da CADH,⁹⁹ é tutelada pela repressão ao desaparecimento forçado, uma vez que a vítima do desaparecimento, muitas vezes, é executada em segredo, tendo o seu corpo ocultado sob as mais diversas formas com o objetivo de encobrir o próprio crime e dificultar a identificação dos responsáveis.

Com efeito, num contexto sistemático das práticas de desaparecimento forçados, torturas, execuções sumárias e toda sorte de arbitrariedades em face dos opositores dos regimes ditatoriais, a Corte IDH considerou presumível a morte de pessoas desaparecidas por longo período de tempo.^{100 101}

se concentrar, e preferiu não verbalizar sua dor e se refugiar na escrita, em seus poemas.” Caso Gelman *versus* Uruguai, sentença de mérito. Parágrafos 64, 65 e 66. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_2188_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016

⁹⁹ Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰⁰ Transcrevo: "188. O arrazoado anterior é aplicável quanto ao direito à vida consagrado no artigo 4º, da Convenção (supra 157). O contexto em que ocorreu o desaparecimento e a circunstância de que sete anos depois continue sendo ignorado o seu paradeiro, são por si suficientes para concluir razoavelmente que Manfredo Velásquez foi privado da sua vida. Contudo, inclusive mantendo uma margem mínima de dúvida, deve-se considerar que a sua sorte foi livrada das mãos de autoridades, cuja prática sistemática compreendia a execução sem julgamento dos detidos e a ocultação do cadáver para assegurar a sua impunidade. Este fato, ligado à falta de investigação do ocorrido, representa uma infração de um dever jurídico, por conta do Estado de Honduras, estabelecido no artigo 1º(1) da Convenção, em relação ao artigo 4º(1) da mesma, como é o de garantir a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, a inviolabilidade da vida e o direito a não ser privada da mesma, arbitrariamente, o qual implica a prevenção razoável de situações que possam redundar na supressão desse direito.". Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras, sentença de mérito. Parágrafo 187. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>.

Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁰¹ Transcrevo: "64. Dado el corto tiempo transcurrido entre la captura de las personas a que se refiere este caso y su presunta muerte, la Corte considera que no ha habido lugar a la aplicación

2.3.4 Direito à personalidade jurídica

A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental imanente a todo ser humano, que ganhou *status* de princípio jurídico¹⁰² com papel unificador de todos os direitos fundamentais que a ele se reportam, em maior ou menor grau. Justamente por essa primazia angular no ordenamento jurídico, seja interno ou internacional, é previsto topograficamente como o primeiro direito no art. 3 da CADH.¹⁰³

Inicialmente, a Corte IDH não considerava a dignidade da pessoa humana com autonomia suficiente para que pudesse ser especificamente violada nos casos de desaparecimento forçado de pessoas. No entanto, a partir do caso Anzualdo Castro *versus* Peru, em 22 de setembro de 2009, houve uma evolução para se vislumbrar uma ofensa específica à personalidade jurídica nos casos de desaparecimento involuntário de pessoas.¹⁰⁴

de las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención y que, en consecuencia, no existe la violación de ese artículo". Caso Caballero Delgado e Santana *versus* Colômbia, sentença de mérito. Parágrafo 65. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁰² Neste sentido assevera BARROSO: "o lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também *status* de princípio jurídico". (BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010). Disponível em: "http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf". Acesso em: 1º dez. 2015.

¹⁰³ Artigo 3º – Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica

Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

¹⁰⁴ Transcrevo: "90. Ciertamente el contenido jurídico de ese derecho ha sido desarrollado en la jurisprudencia en casos que involucran violaciones de derechos humanos de entidad diferente a la desaparición forzada de personas, puesto que en la mayoría de este tipo de casos el Tribunal ha estimado que no correspondía analizar la violación del artículo 3 de la Convención, por no haber hechos que así lo ameritaran. No obstante, dado el carácter múltiple y complejo de esta grave violación de derechos humanos, el Tribunal reconsidera su posición anterior y estima posible que, en casos de esta naturaleza, la desaparición forzada puede conllevar una violación específica del referido derecho: más allá de que la persona desaparecida no pueda continuar gozando y ejerciendo otros, y eventualmente todos, los derechos de los cuales también es titular, su

O desaparecimento forçado é um ato de negação de todos os direitos de uma pessoa, uma vez que exclui o ser humano da proteção do ordenamento jurídico, impedimento o exercício de qualquer direito fundamental, dado que nega à vítima a sua própria existência, deixando-a num limbo jurídico com intensa insegurança jurídica para os familiares, o Estado, a sociedade e a comunidade internacional.

desaparición busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional". Caso Anzualdo Castro *versus* Peru, sentencia de mérito. Parágrafo 90. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

3 TIPIFICAÇÃO DO DESAPARECIMENTO FORÇADO

Os sistemas global e regionais de proteção dos direitos humanos, notadamente no âmbito interamericano, possuem estruturas normativa e institucional que visam coibir toda e qualquer forma de desaparecimento forçado praticada pelos órgãos do Estado, envidando uma série de esforços para que os países adotem medidas legislativas, judiciais e administrativas com vistas a sua prevenção e repressão. Sob a perspectiva criminal, há três instrumentos normativos específicos, dos quais o Brasil é signatário, de grande importância no processo de criminalização do desaparecimento forçado.

A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (CIDFP), aprovada 1994, estipula o dever de tipificar desaparecimento forçado nos moldes por ela definida, assim como assevera que a estrutura dogmática deve contemplar a sua permanência enquanto não se estabelecer o paradeiro ou o destino da vítima, nos seguintes termos.¹⁰⁵

Art. 3º Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhe a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade. Esse delito será considerado continuado ou permanente, enquanto não se estabelecer o destino ou paradeiro da vítima.

Os Estados-Partes poderão estabelecer circunstâncias atenuantes para aqueles que tiverem participado de atos que constituam desaparecimento forçado, quando contribuam para o aparecimento com vida da vítima ou forneçam informações que permitam esclarecer o desaparecimento forçado de uma pessoa.

O dever de criminalização do desaparecimento forçado de pessoas também está previsto no art. 4º da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, de 2006,¹⁰⁶ *in verbis*.

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8766.htm. Acesso em: 14 dez. 2016.

¹⁰⁶ BRASIL, Decreto Legislativo n. 661 de 1 de setembro de 2010 aprova o texto da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, assinada em Paris, em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2010/decretolegislativo-661-1-setembro-2010-608269-publicacaooriginal-129350-pl.html>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Cada Estado Parte tomará as medidas necessárias para assegurar que o desaparecimento forçado constitua crime em conformidade com o seu direito penal.

Além do mandado de criminalização imposto acima, no âmbito internacional o desaparecimento foi alçado como delito internacional de competência do Tribunal Penal Internacional, cuja jurisdição o Brasil se submete por força de disposição constitucional, não havendo, nesse diploma normativo, um dever de criminalização expresso para os Estados que o ratificaram.¹⁰⁷

3.1 Existe um mandado de criminalização do desaparecimento forçado de pessoas?

Antes da internalização da CIDFP pelo Brasil, Ambos e Bohm sustentavam que não era exigível a tipificação do delito de desaparecimento forçado no ordenamento jurídico interno. Com a ratificação da referida Convenção, parece que, para os referidos autores, a tipificação em comento se tornou um dever exigível do Brasil.¹⁰⁸

Por outro lado, em momento anterior ao da ratificação da CIDPF pelo Brasil, Alflen já defendia existir um dever de criminalização do desaparecimento forçado de pessoas baseado em duas justificativas. A primeira fundada na ordem normativa internacional pela qual o Brasil teria ratificado o Estatuto de Roma, comprometendo-se a perseguir os fatos de competência do Tribunal Penal Internacional, o que poderia fazê-lo somente se estivesse em condições para tal. Além disso, o Brasil teria firmado a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados que determina que o desaparecimento

¹⁰⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁰⁸ Neste sentido, asseveram "O Brasil, por sua vez, não tem tipificada a figura do desaparecimento forçado em seu ordenamento interno, nem mesmo ratificou a CIDPF, pelo que tampouco lhe é exigível tal tipificação." AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 58.

forçado fosse elevado à condição de crime no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos de cada país signatário.

A segunda justificativa reside no plano normativo interno de ordem constitucional, uma vez que o art. 5º, parágrafo 4º da Constituição Federal prevê que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, e por isso há uma norma constitucional que determina a adaptação das disposições normativas internas para dar cumprimento às regras do Estatuto de Roma.¹⁰⁹

Cumprido ressaltar, ainda que, além da previsão normativa internacional para que o Brasil tipifique como crime o desaparecimento forçado, há decisão proferida pela Corte IDH no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, instando o governo brasileiro a implementar medidas legislativas para criminalizar o ilícito em questão de acordo com os padrões contidos na CIDPF.¹¹⁰

A primeira questão que vem à tona versa acerca sobre a possibilidade da existência de mandados de criminalização e a consequências resultantes de seu descumprimento. Sob esta perspectiva, faz-se necessário relacionar as normas de direito penal com as normas constitucionais e de direito internacional.

O conteúdo material do injusto típico tem como fundamento e limite a lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos penalmente relevantes. A proteção de bens jurídicos constitui, pois, a função do direito penal.¹¹¹

¹⁰⁹ AFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas e o direito penal brasileiro* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 23 et seq.

¹¹⁰ 287. De acordo com o anteriormente exposto, o Tribunal insta o Estado a que dê prosseguimento à tramitação legislativa e a que adote, em prazo razoável, todas as medidas necessárias para ratificar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Por outro lado, de acordo com a obrigação decorrente do artigo 2 da Convenção Americana, o Brasil deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, em conformidade com os parâmetros interamericano. Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno. Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, sentença de mérito. Parágrafo 287. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹¹¹ Para ROXIN, a noção de bem jurídico tem origem na ideia de contrato social no qual os cidadãos transferem o poder punitivo ao Estado no limite do necessário para uma convivência livre e pacífica, mas que atualmente é fundada na Constituição do Estado. Prossegue o autor afirmando que "A tarefa do Direito Penal é garantir a seus cidadãos uma convivência livre e pacífica sob a garantia de todos os direitos fundamentais constitucionalmente previstos. De forma resumida, designa-se essa tarefa como proteção de bens jurídicos e deve-se entender por bens jurídicos todos aqueles dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento dos cidadãos, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal construído sob essas bases" (ROXIN, Claus.

A definição de bem jurídico é ponto nuclear do direito penal, já que somente condutas lesivas ou potencialmente lesivas a algum bem jurídico podem ser objeto de incriminação. No entanto, nem sempre foi assim, conforme leciona Bechara. O delito, na época do absolutismo, tinha fundamento teológico, como um atentado à Deus e a pena como medida de expiação. Johann Anselm Ritter von Feuerbach promoveu uma virada filosófica, com lastro no pensamento iluminista acerca da noção de delito como uma agressão ao contrato social, cujo cometimento implica a lesão a um direito subjetivo.¹¹²

A primeira utilização da noção de bem jurídico foi realizada por Johann Michael Franz Birnbaum que erigiu os interesses fundamentais do indivíduo na sociedade, tal como o patrimônio e a vida, promovendo uma expansão de que o crime lesiona não somente direitos subjetivos, mas também bens. Esse modelo acabou por permitir a dilatação do Direito Penal para punir condutas que não lesionassem direitos especificamente, mas que afetassem situações outras como a religião ou moralidade.

A partir desse pressuposto, sob o viés positivista, Karl Binding definiu formalmente como bem jurídico todo e qualquer interesse eleito pelo legislador, destituído de qualquer apreciação quanto à relevância material. Franz von Liszt, adotando um noção naturalística-sociológica, sustentou que o bem jurídico é um dado prévio da realidade social, o qual o legislador tinha a incumbência de reconhecê-los.

A partir da segunda metade do século XX, tentou-se, por diversas formas, buscar o conteúdo material do injusto penal. No Estado Democrático de Direito, os valores imanentes de tutela penal devem ser colhidos dentro do próprio sistema jurídico e não num dado prévio naturalístico. Nesse sentido, surgiu um leque de teorias constitucionalistas do bem jurídico. Hormazabal Malarée deduz que as teorias constitucionais do bem jurídico, na verdade, não constituem uma teoria sobre o que é bem jurídico, já que não descobre o seu conteúdo material, mas investiga

O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque In: ROXIN, Claus. Novos estudos de direito penal; organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 74.)

¹¹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal atual*. In: Revista Liberdades – n. 1, maio-agosto de 2009. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

um fundamento para uma política criminal ajustado ao modelo do Estado e da Constituição.¹¹³

A primeira linha da teoria constitucionalista do bem jurídico estipula que a Constituição exerce um limite negativo no âmbito penal pelo qual o legislador deve se abster de tutelar penalmente um bem jurídico valorado negativamente pela Constituição.¹¹⁴ De outro modo, toda criminalização que não afronte o texto constitucional é legítima, gozando o legislador de ampla prerrogativa na eleição do bem jurídico a que se pretende tutelar, ainda que não abarcado pela Constituição, desde que com ela não vá de encontro.

Mantovani pode ser apontado como um dos defensores desta tese vez que encontra duas fontes de bens jurídicos penais, quais sejam, a Constituição e a realidade sócio cultural. Na primeira, o bem jurídico é agasalhado pelo próprio texto constitucional cuja tutela penal é utilizada como um reforço protetor. Na segunda, o bem jurídico é extraído dos valores sociais, que podem ou não estarem previstos no texto constitucional, desde que com ela não seja incompatível.¹¹⁵ Por exemplo, não se poderia criminalizar a associação de pessoas para fins legítimos por ferir a regra de liberdade de associação ou até mesmo a homossexualidade por ir de encontro à dignidade da pessoa humana, sob a perspectiva da livre determinação pessoal.

Além dessa perspectiva negativa, pode-se vislumbrar a Constituição como um limite positivo ao legislador penal, o qual estaria jungido a criminalizar condutas que tutelam bens jurídicos com suporte direto no texto constitucional. Em outras palavras, somente bens de cunho constitucional poderiam ser objeto de tutela penal. Nesta senda, há dois tipos de orientações.

A primeira sustenta a possibilidade do Direito Penal ser um potencial espelho da Constituição, não importando o grau de importância, natureza e a posição topográfica no texto constitucional do valor a ser protegido. Não poderia o legislador,

¹¹³ HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992., p. 14. apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal atual. In: *Revista Liberdades* – n. 1, maio-agosto de 2009. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

¹¹⁴ Neste sentido, pondera BATISTA, a saber. “Em qualquer caso, o bem jurídico não pode formalmente opor-se à disciplina que o texto constitucional, explícita ou implicitamente, defere ao aspecto da relação social, questionada, funcionando a Constituição particularmente como um controle negativo.” (BATISTA Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 96.)

¹¹⁵ MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Mortati*, IV, 1977, Milano, 457. Apud PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

para essa corrente, buscar, fora do texto constitucional, valor ou bem jurídico para ser objeto de tutela penal.

Angione fundamenta essa tese a partir do princípio da proporcionalidade pelo qual a criminalização importa numa restrição a um bem de natureza constitucional relativa a liberdade pessoal e, sendo assim, o bem a que se visa tutelar também deverá ter essa mesma estatura constitucional.¹¹⁶ Não se afiguraria razoável restringir um valor constitucional para se tutelar um valor destituído de valor constitucional. Logo, por detrás de cada preceito incriminador, deve respaldar um bem com alicerce constitucional.

A segunda orientação exige um *plus*, não sendo suficiente que o bem tutelado pela norma penal tenha estatura constitucional. O bem jurídico além de encontrar agasalho na Constituição deve tutelar direitos fundamentais. Essa posição mais restrita aduz que não basta que o bem esteja contemplado formalmente na Constituição, mas que os princípios constitucionais materiais sejam funcionalizados no processo legislativo de incriminação.

A liberdade, bem jurídico a ser restringido pelo legislador penal, é um direito fundamental de suma importância, sendo ilegítimo, para esta posição, restringi-lo para resguardar valores hierarquicamente inferiores, ainda que formalmente expresso na Constituição. Nesse sentido assevera Dias que "os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais".¹¹⁷

Constata-se que, seja como controle negativo ou positivo, independente da escala da restrição, a Constituição exerce um papel limitador do poder punitivo estatal. A questão que se coloca, nesse ponto, é a utilização inversa da Constituição para funcionalizar a expansão do direito penal, indicando e determinando a criminalização de condutas. Além do papel de controle, a Constituição desempenharia funções de legitimar e de impor punição estatal.

Cunha defende que existem duas áreas concêntricas na Constituição. A primeira, de maior espectro, demarca uma zona em que a criminalização é legítima.

¹¹⁶ ANGIONE, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè. p. 166. apud PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67 apud PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64

Dentro desses limites, há um círculo em que, além de legítima, a criminalização se torna imperativa.¹¹⁸ Nessa ordem de ideias, também reconhece Batista a existência de mandamentos constitucionais de incriminação para resguardar bens essenciais à vida, saúde e bem estar do povo.¹¹⁹

O fundamento do mandamento de incriminação não conflita com o princípio de Direito Penal de *ultima ratio*, nem vai de encontro com os fundamentos do Direito Penal mínimo.¹²⁰ Pelo contrário. É necessário para o sistema garantista do Direito Penal na sua versão integral. Segundo Ferrajoli, o sistema garantista é informado por 10 condições limites e proibições que devem ser observadas.¹²¹ Vejamos.¹²²

el modelo garantista [...] presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.

Percebe-se que o garantismo penal demanda a observância estrita dos direitos e deveres fundamentais previstos na Constituição para o exercício do poder punitivo do Estado. No entanto, os direitos e deveres fundamentais a serem levados em conta no âmbito do direito penal não devem se circunscrever ao direito fundamental individual do acusado/investigado, mas sim o direito de toda sociedade e o dever do Estado em oferecer uma proteção efetiva aos seus cidadãos.

¹¹⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. p. 299.

¹¹⁹ Observa BATISTA que “Conviria apenas remarcar que, além de suas funções de fundamento e controle, o texto constitucional seleciona situações a serem necessariamente tratadas pelo legislador penal, naqueles casos de bens essenciais à vida, à saúde e ao bem estar do povo: chama-se a isso imposição constitucional da tutela penal’ (BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 90.)

¹²⁰ PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 77-78.

¹²¹ Os axiomas garantistas são: 1) princípio da retributividade da pena; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionalidade; 8) princípio acusatório; 9) princípio do ônus da prova; e 10) princípio do contraditório. FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?*. Disponível em <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104. apud FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

Os direitos fundamentais não irradiam apenas um efeito negativo e limitador para o Estado, mas também demandam prestações efetivas, uma atuação positiva do poder público. O dever de proteção é alçado a um direito fundamental impondo ao Estado o dever de segurança do indivíduo contra ataques de terceiros. A Constituição, nesta linha de ideia, apresenta uma dupla faceta. A primeira refere-se com conjunto de princípios fundamentais de defesa do indivíduo com relação ao Estado. A segunda preocupa-se com a defesa dos bens e direitos individuais contra ataques de outros agentes privados.¹²³

O Estado deixa de ser visto como agressor potencial dos direitos fundamentais para ser um instrumento de sua efetivação. Cumpre esclarecer, desde logo, que nem toda criminalização é impositiva para a defesa de um valor de natureza constitucional, havendo uma grande e ampla margem de avaliação do legislador em tutelar penalmente determinado bem jurídico e a forma de tutela penal mais adequada. Correta a posição de Cunha ao sustentar que:

imposição de criminalização só seria defensável face a condutas que se situam no núcleo do Direito Penal, por ofenderem valores de maior dignidade penal, de indiscutível dignidade penal, e por causarem também uma elevada e indiscutível lesão social, em relação as quais a protecção penal se mostrasse necessária.¹²⁴

A Constituição Federal de 1988 traz mandamentos expressos de criminalização do racismo, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, o terrorismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, retenção dolosa de salários, o abuso, violência e exploração sexual de crianças e adolescentes, condutas lesivas ao meio ambiente.¹²⁵

¹²³ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. P. 273.

¹²⁴ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime – Uma Perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. P. 299.

¹²⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; (Regulamento)

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

Além dessas disposições mandamentais expressas, o Supremo Tribunal Federal, no voto do Min. Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.112/DF, reconheceu a existência de determinações criminalizantes implícitas na Constituição quando em jogo um dever de proteção por parte do Estado e a proibição de proteção deficiente. Confira-se.¹²⁶

Outras vezes cogita-se mesmo de mandatos de criminalização implícitos, tendo em vista uma ordem de valores estabelecida pela Constituição. Assim, levando-se em conta o dever de proteção e a proibição de uma proteção deficiente ou insuficiente (Untermassverbot), cumpriria ao legislador estatuir o sistema de proteção constitucional-penal adequado.

Em 1975 o Tribunal Constitucional Federal (TCF) fez alusão expressa aos mandados de criminalização implícitos. Por intermédio da 5ª Lei de Reforma do Direito Penal (5. StrRG, de 18 de junho de 1974), houve a descriminalização do aborto praticado por um médico com a concordância da grávida, desde que não tivessem transcorrido 12 semanas. No controle de constitucionalidade, o TCF asseverou que o dever de proteção do Estado vai além de proibir intervenções do Estado na vida intrauterina em desenvolvimento para exigir do poder público medidas adequadas de sua proteção.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010)

[...]

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹²⁶ Voto Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2016

Nesse caso, a reforma descriminalizante do aborto foi considerada inválida por descumprir o dever de proteção da vida intrauterina contra ato da própria mãe quando o prosseguimento da gravidez não representasse um risco para si. Considerou-se que a proteção da vida do nascituro, independente do prazo da gestação, tem primazia sobre o direito de autodeterminação da gestante, não sendo o embrião apenas uma parte do corpo da mãe, mas um ser humano independente. A descriminalização do aborto nesses casos importa numa omissão do dever de proteção do Estado. Vejamos.¹²⁷

4. O legislador também pode expressar de outra forma, diversa do meio da tipificação penal, a desaprovação do aborto, por princípio ordenada juridicamente. É decisivo saber se o conjunto das medidas que se aplicam à proteção da vida intra-uterina garante uma proteção efetiva proporcional ao significado do bem jurídico a ser protegido. Em caso extremo, se a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra forma, o legislador é obrigado a valer-se de instrumentos do direito penal para a garantia da vida em desenvolvimento.

Desse modo, resta possível que o mandado de criminalização possa decorrer de disposição expressa ou implícita da Constituição. Nesses casos, há uma diminuição do poder de conformação do legislador penal que deve instituir um sistema de tutela por intermédio de normas penais.¹²⁸ A questão que se coloca no presente caso reside se há ou não um mandado de criminalização para a figura típica do desaparecimento forçado de pessoas e o seu fundamento.

¹²⁷ SCHWABE, J. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Beatriz Henning et al. Leonardo Martins, Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 267. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 24 dez. 2016.

¹²⁸ O mandado de criminalização é uma ordem dirigida ao legislador para que se proceda a tutela penal de determinados bens jurídicos não sendo possível, todavia, que outro poder, substitua essa tarefa, sob pena de violação aos princípios da separação dos poderes e da legalidade. Foi proposta pelo Partido Popular Socialista a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 26/DF, a qual requeria que fosse fixado prazo para que o Congresso Nacional editasse lei criminalizando atos de homofobia e transfobia.

A PGR, em parecer, foi além do pedido realizado pelo autor da ação, sugerindo, entre outras medidas, que o Supremo Tribunal Federal (STF) procedesse de forma direta a regulamentação dos dispositivos constitucionais invocados como carentes de interposição legislativa, enquanto não sobrevier edição de lei específica pelo Congresso Nacional, utilizando o conteúdo do projeto de lei 122/2006 ou dos dispositivos do projeto de Código Penal do Senado (que prevê, no art. 487, o racismo e os crimes resultantes de preconceito e discriminação, “quando praticado por motivo de discriminação ou preconceito de gênero, raça, cor, etnia, identidade ou orientação sexual, religião, procedência regional ou nacional ou por outro motivo assemelhado, indicativo de ódio ou intolerância”, com pena de prisão de um a cinco anos). Dito de outro modo, o atual Procurador-Geral da República requereu que o STF legislasse criando tipo penal, sob o argumento de inércia do poder legislativo em evidente e clara ofensa aos princípios republicanos e garantias individuais dos cidadãos. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/6/art20150624-02.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2016.

Conforme já aludido, a CIDFP e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados, subscritas e ratificadas pelo Brasil, impõem aos países signatários o dever de adequar o ordenamento jurídico interno de forma a prever como figura típica autônoma o desaparecimento forçado de pessoas, havendo, ainda, decisão da Corte IDH nesse sentido, inclusive estabelecendo que o tipo penal deveria seguir o modelo conceitual da convenção interamericana.

O primeiro ponto cinge-se de um mandado de criminalização pode ter como fundamento tratados internacionais. A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados são instrumentos internacionais que veiculam normas de proteção contra graves violações dos direitos humanos mediante o estabelecimento de medidas de prevenção e repressão contra o desaparecimento involuntário de pessoas e, por isso, caso fossem aprovadas com o mesmo quórum exigido para a aprovação de emenda constitucional, seriam internalizados com força de normas constitucionais derivadas.¹²⁹

No entanto, a ratificação dos referidos tratados internacionais seguiu o rito ordinário, não possuindo, pois, hierarquia constitucional. Por veicularem normas de proteção de direitos humanos, possuem caráter supralegal. Significa, com isso, dizer que estariam em grau hierárquico inferior à Constituição, mas num degrau acima em relação à legislação infraconstitucional interna. Dessa conclusão, decorre, como consequência, a paralisação da eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.¹³⁰

¹²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 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.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹³⁰ PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para a prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico

Portanto, os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, possuem um destaque especial no ordenamento jurídico interno por, automaticamente, a partir da sua ratificação, possuírem *status* supralegal, facultando-se, ainda, caso seja aprovado com quórum qualificado, tenham hierarquia equiparada a emenda constitucional.

Recorde-se que a Constituição contém, além de uma série de direitos fundamentais expressos, no seu art. 5º, § 2º, uma cláusula aberta de recepção de outros direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil. Além disso, a sua aplicabilidade, por força constitucional, é imediata nos planos nacional e internacional, a partir do ato de ratificação, não exigindo interposição legislativa.¹³¹

Cumprido, também, frisar que a CIDFP e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados tutelam valores já albergados na Constituição concernentes ao direito à vida, liberdade pessoal, integridade física, moral e intelectual, assim como a necessidade de observância pelo poder público do devido processo legal na apreensão e detenção dos indivíduos.

no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. N. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. N. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT V. 02363-04 PP-00675)

¹³¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

Os bens jurídicos relativos à vida, à integridade pessoal e às garantias processuais do preso, por estarem inseridos no núcleo duro dos direitos e garantias individuais, fundamentam a sua tutela penal de forma obrigatória pelo Estado, não possuindo o legislador penal discricionariedade sobre a conveniência e oportunidade na incriminação de condutas que os violem de forma grave, sob pena de descumprir o dever de proteção dos seus cidadãos.

Com efeito, haja vista que o poder punitivo estatal funda-se exclusivamente na Constituição Federal, não se afigura possível extrair a existência de mandados de criminalização fundados exclusivamente em tratados internacionais, sem respaldo, ainda que implícito na carta política nacional. O dever de tutela penal decorre diretamente da Constituição, a qual pode receber reforço concreto de proteção pela comunidade internacional, mediante tratados internacionais.

O dever de criminalização implícito dirigido ao legislador para a tutela dos referidos bens não pode ser traduzido numa fórmula rígida e específica para que determinado tipo penal com uma modelagem específica seja criado. É dado ao poder legiferante margem de discricionariedade para construir o tipo penal que melhor convir na defesa do bem jurídico objeto de tutela.

Com efeito, prisões arbitrárias, torturas e homicídios podem ser tutelados penalmente de diversas formas, desde que não haja uma carência de proteção tanto na sua formulação, quanto na espécie e na qualidade da sanção cominada. Dito de outro modo, inexistente na ordem constitucional, ainda que de forma implícita, um dever de criminalização do desaparecimento forçado de pessoas como figura autônoma.

A ordem jurídica interna prevê figuras típicas que reprimem detenções arbitrárias,¹³² a prática de torturas¹³³ e de homicídios,¹³⁴ cujas sanções podem ser aplicadas, de forma cumulativa, aos agentes que cometerem desaparecimento forçado de pessoas. Os bens jurídicos ora objetos de tutela não se encontram num estado de carência de proteção normativa penal no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando que os tipos em vigor contam com graves penas privativas de liberdade, que se somam num concurso real de crimes.¹³⁵

¹³² BRASIL, Lei Federal n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965.

¹³³ BRASIL, Lei Federal n. 9.455, de 7 de abril de 1997.

¹³⁴ Artigo 121 do Código Penal Brasileiro.

¹³⁵ Art. 69 Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. .BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

Nesse ponto, fundada a crítica de Modolell González sobre o posicionamento da Corte IDH. O art. 13 da CIDFP atribui a Corte IDH poderes para conhecer de casos concretos e aplicar o citado tratado internacional, verificando se há um déficit de proteção nos âmbitos normativo e administrativo interno que violem os deveres internacionais de punir e reprimir os autores das violações das disposições da CIDPF e da CADH. No entanto, a Corte extrapola suas atribuições ao exigir não só a existência de um tipo penal específico de desaparecimento forçado de pessoas, mas também ao estabelecer o conteúdo material do referido tipo penal. Nesse sentido, pondera.¹³⁶

Lo anterior lleva a considerar si la CIDH está facultada para imponerles a los Estados la obligación de tipificar el referido delito. En efecto, el artículo XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas faculta a la CIDH a conocer de casos de desaparición forzada, y por tanto a aplicar la referida Convención⁵. La Corte puede entrar a conocer si el déficit de punibilidad que exista en un país de la práctica de desaparición forzada de personas constituye una violación de los derechos consagrados en el Pacto de San José o una infracción a la propia Convención especial. Ahora bien, la CIDH ha hecho mucho más que eso, hasta el punto de exigir una forma de tipificación concreta. Si bien un órgano supranacional, especialmente si tiene como función la protección de los derechos humanos, puede realizar mandatos de incriminación a los Estados parte de una Convención, o en nuestro caso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, consideramos que la forma de tipificación no debe ser obligatoria. Incluso, estrictamente hablando, es muy discutible que un Estado parte deba tener un delito denominado desaparición forzada de persona para el castigo de esta práctica, sin que pueda recurrir al concurso real de delitos (v. gr., homicidio y privación ilegítima de libertad) para sancionar esos casos. En efecto, la falta de punibilidad debería determinarse más bien por la ausencia de voluntad política en la persecución de dicho crimen más que por la ausencia de tipificación misma.

En la jurisprudencia de la Corte se nota un afán de controlar hasta el último detalle la forma de tipificación del delito de desaparición forzada de personas del Estado parte. La Corte debería limitarse a establecer unos criterios generales que al menos permitieran evitar la impunidad, sin dictar directrices concretas en cuanto a los requisitos típicos del delito. Así, por ejemplo, indicarles a los Estados parte cómo debe entenderse el carácter ilegal de la detención parece ser una exageración, además porque la CIDH lo hace de forma errada, complicando la posible interpretación del tipo. Igualmente, la laxitud con que la Corte parece entender este delito puede resultar muy perjudicial para el principio de legalidad de los delitos y de las penas, en su aspecto de *lex stricta*, principio fundamental en el Estado de derecho.

¹³⁶

MODELELL GONZÁLEZ, Juan Luis. La desaparición forzada de personas em el sistema interamericano de derechos humanos. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edição. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 183-184.

Desse modo, verifica-se que os mandados de criminalização, assim entendidos como determinações decorrentes da Constituição Federal para o tratamento penal de determinadas matérias, exigem apenas que determinado bem jurídico seja adequadamente protegido pelo Direito Penal, havendo, por parte do legislador, liberdade de conformação dessa tutela penal.

Com base nas premissas acima, não se pode extrair da Constituição um mandado de criminalização para o desaparecimento forçado de pessoas da forma como concebido no âmbito internacional. Não significa dizer que inexistente qualquer consequência jurídica do inadimplemento do compromisso internacional assumido pelo Brasil em se tipificar de forma específica e autônoma o desaparecimento forçado de pessoas, uma vez que pode ser responsabilizado pelo descumprimento das obrigações internacionalmente assumidas.

Um segundo problema pode surgir acerca da condenação do Brasil pela Corte IDH para que a tipificação do desaparecimento forçado de pessoas siga o padrão interamericano. Há claras diferenças entre os modelos típicos contidos na CIDPF e no Estatuto de Roma, ambos assinados pelo Brasil.

A primeira diferença consiste no caráter mais restrito do sujeito ativo contido na CIDPF, que estabelece que só pode ser autor do desaparecimento forçado de pessoas alguém que tenha algum vínculo jurídico com o Estado ou algum particular que atue com apoio, autorização ou anuência do Estado. O Estatuto de Roma vai além, por admitir, como autor do delito, não somente um agente do Estado, mas uma organização política, sem vinculação com o Estado. Desse modo, é possível que membros de grupos de oposição, guerrilhas ou paramilitar sejam sujeitos ativos desse delito.

A segunda diferença reside na forma com o que se interpreta a falta de informações sobre o paradeiro da vítima como impedimento ao exercício das garantias legais e processuais do custodiado, afastando a vítima da proteção da lei. Na CIDPF, a impossibilidade do uso dos recursos legais é consequência da negativa de informação sobre o seu paradeiro, o que pode ocorrer na privação da liberdade da vítima por um curto espaço de tempo. Por outro lado, no Estatuto de Roma o autor persegue o propósito de negar, à vítima, a proteção da lei por um prolongado período de tempo, havendo inclusão de elemento subjetivo do tipo distinto do dolo, assim como a exigência, no tipo, da detenção por um período dilatado de tempo, com sérias consequências, como será visto.

3.2 Tipificação do desaparecimento forçado de pessoas no direito comparado

A incorporação do tipo penal do desaparecimento forçado é um fenômeno bastante recente, em especial nos países latino-americanos, ressaltando que as primeiras formas de tipificação ocorreram a partir da década de 1990.

3.2.1 Argentina

O crime de desaparecimento forçado de pessoas foi tipificado internamente pela primeira vez no ordenamento jurídico da Argentina pela Lei n° 26.200, que implementou o Estatuto de Roma, cuja publicação ocorreu em 9 de janeiro de 2007. A referida lei estabeleceu que as condutas descritas nos artigos 6º, 7º, 8º e 70º do Estatuto de Roma e todos os delitos de competência do Tribunal Penal Internacional são puníveis na Argentina. Assim fazendo, os preceitos primários típicos são remetidos, pela Lei n° 26.200, ao Estatuto de Roma. Por sua vez, os preceitos secundários são previstos diretamente pela lei citada, sendo que, para o desaparecimento forçado, prevê-se pena de 3 a 25 anos de prisão e, no caso de morte, prisão perpétua.¹³⁷

3.2.2 Chile

Por intermédio de iniciativa do Senado do Chile, foi apresentado projeto de lei com o objetivo adaptar a legislação interna de forma a punir os crimes contidos no

¹³⁷ Artículo 8º — En los casos previstos en el artículo 6º del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 5 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua.

Penas aplicables en los casos de crímenes de lesa humanidad

Artículo 9º — En los casos previstos en el artículo 7º del Estatuto de Roma la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua.

Penas aplicables en los casos de crímenes de guerra. Interpretación

Artículo 10. — En los casos previstos en el artículo 8º del Estatuto de Roma y en el artículo 85 párrafo 3 incisos c) y d) y párrafo 4 inciso b) del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 la pena aplicable es de 3 a 25 años de prisión. Si ocurre la muerte, la pena será de prisión perpetua. (ARGENTINA, Ley 26.200 Disponible em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

Estatuto de Roma. Na exposição de motivos,¹³⁸ consta que a jurisdição para processar os crimes tipificados no Estatuto de Roma, que inclui o desaparecimento forçado de pessoas, é direta e principal do estado signatário, cabendo ao Tribunal Penal Internacional a competência residual e complementar. Com efeito, para poder cumprir a obrigação internacionalmente assumida, seria necessária a tipificação ora em comento.

Nesta senda, foi publicada, no diário oficial em 18/7/2009, a Lei n° 20.357 que tipifica crimes de lesa humanidade, genocídio e de guerra, a qual prevê, pela primeira vez no ordenamento chileno, o crime de desaparecimento forçado nos seguintes termos.¹³⁹

Artículo 6º- Con la misma pena será castigado el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º y con la intención de sustraer a una persona durante largo tiempo a la protección de la ley, la prive de cualquier modo de su libertad física, sin atender a la demanda de información sobre su suerte o paradero, negándola o proporcionando una información falsa.

3.2.3 Colômbia

A Constituição Política da Colômbia, promulgada em 1991, estabelece no art. 12 a proteção específica e autônoma contra o desaparecimento forçado.¹⁴⁰ A primeira tentativa de tipificar o desaparecimento forçado na Colômbia se deu pelo projeto de lei n. 152 de 1992, mas que recebeu veto presidencial por divergências acerca do conteúdo de sua redação.¹⁴¹

A tipificação do desaparecimento forçado ocorreu com a Lei n. 589, publicada em 7/7/2000, que inseriu o crime em análise no art. 268-A do então Código Penal. O

138 139 Disponível em http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4697/HLD_4697_b78b21de8f7442d16a03bead29cff340.pdf. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹³⁹ CHILE, Ley 20.357. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁴⁰ Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.
COLÔMBIA. Carta Política da Colômbia. Disponível em <http://www.bibliotecajuridica.com.co/CA_POL.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁴¹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. Colombia. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 78.

Código Penal atual, aprovado pela Lei n. 599 de 24/7/2000, prevê o desaparecimento forçado de pessoas da seguinte forma:¹⁴²

Artículo 165. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

3.2.4 Peru

Pela primeira vez, o desaparecimento forçado de pessoas foi previsto no artigo 323 do Código Penal do Peru de 1991 no capítulo que tratava de crime de terrorismo. Ocorre que, em 5 de maio de 1992, os delitos dentro do referido capítulo foram revogados pela Lei n. 25.475, tendo os crimes relativos a atos terroristas sido previstos em lei penal especial que não contemplou o desaparecimento forçado de pessoas. Em 26 de junho de 1992, mediante o Decreto-Lei n. 25.592, o desaparecimento forçado de pessoas foi tipificado de forma semelhante ao texto revogado.

O crime em questão está previsto no art. 320 do Código Penal peruano, dentro do título referente a crimes contra a humanidade, com a seguinte redação.¹⁴³

Artículo 320 – El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conforme al Artículo 36 incisos 1 y 2.

¹⁴² A Corte Constitucional da Colombia declarou inconstitucional a expressão *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley*, mediante a sentença C-317, de 2 de maio de 2002, por reduzir de forma significativa a proteção contra o desaparecimento forçado prevista na Constituição. Com efeito, da forma original, estariam excluídos como sujeitos ativos: a) Os integrantes das forças de segurança pública; b) os particulares que não integrassem qualquer grupo e que atuassem de forma isolada; c) particulares que não integrasse grupos armados; e d) particular que integrasse grupos armados reconhecidos pela lei. Desse modo, qualquer agente estatal ou particular poderia ser sujeito ativo do crime de desaparecimento forçado de pessoas.

¹⁴³ ¹⁴⁴ PERU. Código Penal. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2016.

3.2.5 Uruguai

O delito do crime de desaparecimento forçado foi introduzido no ordenamento jurídico uruguaio pela lei n. 18.026 de 25/9/2006 que estabeleceu normas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional na luta contra crimes de genocídio, de guerra e de lesa humanidade em termos similares ao previsto no Estatuto de Roma. Vejamos.¹⁴⁴

Artículo 21. (Desaparición forzada de personas).-

21.1. El que de cualquier manera y por cualquier motivo, siendo agente del Estado o sin serlo contando con la autorización, apoyo o aquiescencia de uno o más agentes del Estado, procediere a privar de libertad a una persona, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o el paradero o la suerte de la persona privada de libertad; o que omita y se niegue a brindar información sobre el hecho de la privación de libertad de una persona desaparecida, su paradero o suerte, será castigado con dos a veinticinco años de penitenciaría.

21.2. El delito de desaparición forzada será considerado como delito permanente, mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.

21.3. El juez podrá considerar como atenuantes del delito de desaparición forzada de personas las siguientes circunstancias: a) Que la víctima sea puesta en libertad indemne en un plazo menor a diez días; b) que se informe o actúe para posibilitar o facilitar la aparición con vida del desaparecido.

3.3 **Tipificação do desaparecimento forçado no Brasil**

O Brasil foi instado para que prosseguisse com a tramitação dos projetos de lei n. 301, de 2007 e n. 4.038, de 2008, adaptando-o ao modelo da Convenção Interamericana. O projeto de lei n. 301/07 (apensado ao projeto de lei n. 4.038/2008) define condutas que constituem crimes internacionais, de violação do direito internacional humanitário e dos direitos humanos, e estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional. Com efeito, esse projeto visa atender as obrigações decorrentes do Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI). Desse modo, o desaparecimento forçado segue o modelo do Estatuto de Roma, com a seguinte redação.¹⁴⁵

¹⁴⁴ URUGUAI, Ley 18.026. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3629093.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

¹⁴⁵ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

Art. 11 Quem, no quadro de um ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil, praticar:

[...]

l) desaparecimento forçado de pessoas, entendido como a detenção, a prisão ou o seqüestro promovido por um Estado ou organização política, ou com a sua autorização, apoio ou concordância, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um longo período de tempo;

Com o objetivo de cumprir a condenação imposta pela Corte IDH, foi apresentado o projeto de lei n. 245/2011 no Senado Federal, que visa incluir o art. 149-A no Código Penal incriminando o desaparecimento forçado. Aprovado naquela casa legislativa, foi remetido à Câmara dos Deputados, originando o projeto de lei n. 6.240/2013, que se encontra atualmente na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.¹⁴⁶ A redação do projeto é a seguinte.

Art. 149-A. Apreender, deter, sequestrar, arrebatar, manter em cárcere privado ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, na condição de agente do Estado, de suas instituições ou de grupo armado ou paramilitar, ocultando ou negando a privação de liberdade ou deixando de prestar informação sobre a condição, sorte ou paradeiro da pessoa a quem deva ser informado ou tenha o direito de sabê-lo:

Pena – reclusão, de 6 (seis) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem ordena, autoriza, consente ou de qualquer forma atua para encobrir, ocultar ou manter ocultos os atos definidos neste artigo, inclusive deixando de prestar informações ou de entregar documentos que permitam a localização da vítima ou de seus restos mortais, ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

Além disso, em julho de 2012 foi apresentado o projeto de lei do Senado de n. 23.649, sobre o novo Código Penal brasileiro, que tipifica o delito de desaparecimento forçado, mesclando as noções contidas tanto no Estatuto de Roma, quanto na CIDF, cujo parecer da comissão temporária de estudo propõe a seguinte redação.¹⁴⁷

Art. 483. Apreender, deter ou de qualquer outro modo privar alguém de sua liberdade, ainda que legalmente, em nome do Estado ou de grupo armado ou paramilitar, ou com a autorização, apoio ou aquiescência destes, ocultando o fato ou negando informação sobre o paradeiro da pessoa

¹⁴⁶ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589982>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹⁴⁷ Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142748&tp=1>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

privada de liberdade ou de seu cadáver, ou deixando a referida pessoa sem amparo legal:

Pena – prisão, de quatro a oito anos, sem prejuízo das penas correspondentes aos outros crimes.

§1º Na mesma pena incorre quem ordena ou atua de qualquer forma para encobrir os atos definidos neste artigo ou mantém a pessoa desaparecida sob sua guarda, custódia ou vigilância.

§2º O crime perdura enquanto não for esclarecido o paradeiro da pessoa desaparecida ou de seu cadáver.

§3º A pena é aumentada de metade se:
I – o desaparecimento durar mais de trinta dias;
II – se a vítima for criança ou adolescente, portadora de necessidade especial, gestante ou tiver diminuída, por qualquer causa, sua capacidade de resistência.

§4º O agente que tenha participado ou concorrido para o crime previsto neste artigo e que contribuir, efetivamente, para a reparação com vida da pessoa desaparecida, ou possibilitar o esclarecimento de casos de desaparecimento forçado, ou a identificação dos responsáveis, terá a pena reduzida de um a dois terços, além da possibilidade de o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a sua segurança, na prisão, em relação aos demais presos.

Verifica-se que, atualmente, há três propostas legislativas com vistas a tipificar o desaparecimento forçado de pessoas, cada qual com redações diferentes que pendem para reprodução das definições contidas na CIDPF, no Estatuto de Roma e até a simbiose dos elementos constitutivos dos dois instrumentos internacionais citados.

3.4 A persecução penal do desaparecimento forçado no Brasil

A ausência do tipo penal do desaparecimento forçado não é óbice para a persecução penal de atos de sequestro, tortura, execução sumária de opositores políticos ao regime militar brasileiro. A primeira denúncia criminal oferecida pelo órgão de persecução penal brasileiro contra agente do regime repressivo tratou especificamente os desaparecimentos forçados de cinco pessoas no contexto da Guerrilha do Araguaia, imputando-lhe a prática do crime de sequestro qualificado pela imposição de maus tratos pela imposição de grave sofrimento físico e moral.¹⁴⁸

A denúncia afirma que não se pode presumir a morte das vítimas, ainda que haja transcorrido longo período de tempo, uma vez que não havia notícias sobre

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

[...]

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

Pena - reclusão, de dois a oito anos. BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

seus paradeiros ou de seus restos mortais. Logo, os crimes de sequestro ainda estariam em andamento, impedindo, assim o início da contagem do prazo prescricional, assim como não haveria de se aplicar a Lei da Anistia, que incide somente para fatos ocorridos entre dois de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A permanência dos delitos por mais de 40 foi fundamentada pela acusação com supedâneo no entendimento do Supremo Tribunal Federal adotado nos pedidos de extradição n. 974 e n. 1.150.

Constata-se que, ao contrário que ocorreu na Argentina, não foi necessário para o órgão de acusação afastar a validade da lei da anistia ou sustentar a imprescritibilidade da pretensão punitiva estatal sob a justificativa de se tratarem de crimes contra a humanidade.

Malarino aponta que os tribunais da Argentina utilizaram, por outro lado, um regime jurídico diferenciado nas imputações. Da mesma forma que no Brasil, quando da ocorrência dos sequestros de opositores políticos por agentes da ditadura militar, entre 1976 e 1983, não havia previsão, no ordenamento jurídico interno, do tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas. Os órgãos de persecução penal não utilizaram normas do direito internacional, seja na modalidade costumeira ou convencional, para realizar o enquadramento típico, o qual foi realizado com base nos tipos penais existentes à época do crime. Essa primeira fase é denominada de subsunção primária de tipificação e sanção. Logo, a tipificação ocorreu segundo a legislação interna da época.

No entanto, numa segunda etapa chamada de subsunção secundária de qualificação, entrou em cena o direito internacional numa articulação normativa com o direito interno. Nesse processo de dupla subsunção, os fatos típicos ganham a qualidade de crimes internacionais contra a humanidade, para afastar a aplicação de anistias, da prescrição, do princípio *ne bis in idem* etc.¹⁴⁹

¹⁴⁹ MALARINO explica que “En numerosas oportunidades los tribunales argentinos calificaron hechos de secuestro de opositores políticos y de sustracción y retención de menores realizados por agentes estatales durante la dictadura militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983 como crímenes de lesa humanidad de desaparición forzada de personas, a pesar de que dicho delito no existía en la época de los hechos en el ordenamiento jurídico argentino. En ningún caso, sin embargo, utilizaron el derecho internacional — consuetudinario o contractual — para el encuadre típico de los hechos, ni para la determinación de la clase y escala de sanción. Más bien, siempre efectuaron una articulación normativa entre las disposiciones del derecho penal local y aquellas del derecho internacional. Las normas del derecho interno juegan en el nivel de la tipicidad y en el sancionatorio, y las del derecho internacional sirven para convertir esos hechos en crímenes internacionales y atribuirles las consecuencias especiales que dicho derecho establece para esa categoría de crímenes (por ejemplo, imprescritibilidad etc.). La combinación entre derecho interno y derecho internacional se da de tal

Verifica-se que a técnica de imputação utilizada pela acusação no Brasil, ao equiparar, ainda que de forma implícita, o desaparecimento forçado ao crime de sequestro qualificado, com a interpretação de que ambos possuem a mesma forma de consumação e tempo de duração teve como consequência direta e imediata evitar qualquer discussão sobre sua qualificação como crime contra a humanidade e de eventual aplicabilidade dos institutos da anistia e da prescrição.

Para melhor compreender essa forma de interpretação do momento consumativo do crime de sequestro qualificado, necessário se faz analisar o entendimento do Supremo Tribunal Federal utilizado como precedentes pelo órgão de acusação, quais sejam, os pedidos de extradição 974-0 e 1.150.

No pedido de extradição 974-0, o Governo da Argentina requereu a extradição de então Major do Exército pelos crimes dos art. 210¹⁵⁰ e 144, alínea 1^a¹⁵¹ do Código Penal argentino, que foram considerados duplamente típicos com os crimes de quadrilha ou bando e o de sequestro qualificado. Posteriormente, o pedido foi aditado para incluir o crime do art. 146¹⁵² do referido código, o qual foi equiparado pelo relator como crime de subtração de incapazes, sendo tratado pelos demais ministros como crime de sequestro. Os fatos acima teriam ocorrido em 1976.

manera que el segundo se aplica en aquellos aspectos en los cuales la utilización del primero conduciría a frenar la persecución. Esta doble subsunción de los hechos se integra entonces con una subsunción primaria de tipificación y sanción por las leyes locales y una subsunción secundaria de cualificación por las normas internacionales". (MALARINO, Ezequiel. Argentina. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 24-25.

¹⁵⁰ Artículo 210 – Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión.

ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 26 dez. 2016.

¹⁵¹ Artículo 144 bis – Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

1. El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal;

ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 26 dez. 2016.

¹⁵² Artículo 146 – Será reprimido con prisión o reclusión de 5 a 15 años, el que sustrajere a un menor de 10 años del poder de sus padres, tutor o persona encargada de él, y el que lo retuviere u ocultare. ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 26 dez. 2016.

O STF, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Menezes Direito, em 6 de agosto de 2009, deferiu a extradição somente em relação ao crime de sequestro, reconhecendo a prescrição quanto ao crime de quadrilha.¹⁵³

O Min. Marco Aurélio, em voto vencido, entendeu que a tipologia do crime de sequestro restou afastada para dar lugar ao crime de homicídio, sobretudo pelas circunstâncias dos crimes e o transcurso de mais de 32 anos, suficientes para presumir a morte das vítimas. Além disso, utilizou como fundamento a Lei n. 9.140/95 que considerou mortas as pessoas com envolvimento político desaparecidas no período da ditadura militar no Brasil, assim como os institutos da ausência e da presunção da morte previstos no Código Civil brasileiro, o qual também teriam previsão similar na Lei argentina n. 14.394/54. Por fim, suscitou a tese de que se o crime em comento tivesse sido cometido no Brasil, seria alcançado pela lei da anistia brasileira. O Min. Menezes Direito acompanhou o entendimento quanto à morte presumida e, assim, a incidência da prescrição.

O Min. Ricardo Lewandowski abriu a divergência para assentar que o crime de sequestro é permanente e que, enquanto as vítimas não aparecessem vivas ou os seus corpos, não haveria como presumir suas mortes. O Min. Cesar Peluso entendeu que o exame de corpo de delito, ainda que na modalidade indireta, não pode ser substituído pela presunção legal da morte para fins penais, razão pela qual não se poderia cogitar, nesse momento, a cessação do crime de sequestro e a ocorrência do crime de homicídio. A Min. Carmen Lúcia reajustou o seu voto anteriormente proferido para acompanhar as razões pelo deferimento parcial do pedido de extradição, que foi seguida pelos Min. Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Eros Grau, após este último também ter reajustado seu voto.

No pedido de extradição n. 1.150, a Argentina pleiteou a extradição de seu nacional, então Major do Exército, pelos crimes do art. 80, incisos 2º e 6º;¹⁵⁴ art.

¹⁵³ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁵⁴ Artículo 80 – Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

[...]

2º Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso.

[...]

6º Con el concurso premeditado de dos o más personas.

ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm> Acesso em: 26 dez. 2016.

141;¹⁵⁵ art.142, incisos 5º,¹⁵⁶ todos do Código Penal argentino, considerados com dupla tipificação com os crimes de homicídios qualificados e sequestros qualificados ocorridos em 1976. O pedido foi deferido de forma parcial somente em relação ao crime de sequestro, uma vez que foi considerada prescrita a pretensão punitiva estatal quanto aos crimes de homicídios.

A Min. Carmén Lúcia adotou o entendimento de que o crime de sequestro é permanente cujo início do marco temporal prescricional “começa a fluir a partir da cessação da permanência, não da data do início do sequestro”. Os Min. Luiz Fux, Cesar Peluso, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Dias Toffoli sufragaram o entendimento acima, reportando-se ao posicionamento adotado na Extradução 974-0.¹⁵⁷

De igual maneira, os precedentes acima se repetiram no pedido de extradição n. 1.278,¹⁵⁸ julgado em 18/9/2012 e no pedido de extradição n. 1.299¹⁵⁹ julgado em 10/9/2013. Conclui-se, pois, que, expressamente, cinco dos onze Ministros da Corte adotaram a tese de que o crime de sequestro se protraí no tempo, enquanto a vítima não aparecer viva, não podendo presumir a sua morte enquanto não se souber o paradeiro de seu corpo, a saber: Gilmar Mendes, Carmén Lúcia, Ricardo Lewandowski, Luix Fux, Dias Toffoli e Teori Zavascki.¹⁶⁰

Há de se esclarecer que as decisões acima foram adotadas depois de interpretada a regra da dupla incriminação ou da dupla tipicidade como requisito

¹⁵⁵ *Artículo 141 – Será reprimido con prisión o reclusión de seis meses a tres años; el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal.* ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: 26 dez. 2016.

¹⁵⁶ *Artículo 142 – Se aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

[...]

5. Si la privación de la libertad durare más de un mes.

ARGENTINA. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em: dez. 2016.

¹⁵⁷ Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁵⁸ Votação unânime da segunda turma do STF com os votos dos Min. Ricardo Lewandowski, Ministro Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22453988/extradicao-ext-1278-df-stf/inteiro-teor-110906442>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁵⁹ Votação unânime da segunda turma do STF com os votos dos Min. Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24185787/extradicao-ext-1299-df-stf/inteiro-teor-111906729>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁶⁰ Ressalte-se que a vaga do Min. Teori Zavascki encontra-se aberta em razão de seu falecimento.

previsto no art. 77, II do estatuto do estrangeiro, que impede a extradição quando o fato pelo qual o pedido seja motivado não seja considerado crime no Brasil ou no Estado requerente.¹⁶¹ A regra em espécie possui origem histórica no direito norte-americano, podendo ser utilizados dois critérios para a avaliação de sua presença. O primeiro critério, mais restritivo, denominado de *em concreto* demanda que o fato encontre idêntica tipicidade tanto no país requerente quanto no país requerido. O segundo critério, chamado de *abstracto*, contenta-se em saber que os fatos sejam considerados crimes nos dois países, dispensando-se paralelismo entre as figuras típicas no que concerne à ofensa, à nomenclatura, ao bem jurídico tutelado etc.¹⁶² O Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, não exige identidade de tipos penais, mas, tão somente, a previsão típica do fato em ambos os países no que concerne aos seus elementos essenciais.¹⁶³ Com efeito, na análise dos processos de extradição, o STF realiza uma comparação entre os elementos essenciais típicos, não se aprofundando em peculiaridades distintivas das figuras delitivas, ou seja,

¹⁶¹ Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

[...]

II – o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

BRASIL. Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980, que define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

¹⁶² HAFEN, Jonathan O. *International extradition: issues arising under the dual criminality requirement*. Brigham Young University Law Review, Provo, v. 18, n. 1, p. 191-230, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1739&context=lawreview>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁶³ EMENTA: EXTRADIÇÃO PASSIVA [...] – CARÁTER INSTRUTÓRIO – EXISTÊNCIA DE TRATADO BILATERAL DE EXTRADIÇÃO – POSTULADO DA DUPLA TIPICIDADE NÃO ATENDIDO NO QUE CONCERNE À CONDUTA CONSISTENTE EM PORTAR CHAVE DE FENDA E CANO DE PLÁSTICO – INSTRUMENTOS QUE NÃO SE AJUSTAM AO CONCEITO DE ARMA DE FOGO (ESTATUTO DO DESARMAMENTO) – FATO QUE OBSTA, QUANTO A TAL CONDUTA, O ACOLHIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL – OBSERVÂNCIA, NO ENTANTO, DO PRINCÍPIO DA DUPLA INCRIMINAÇÃO QUANTO AOS DELITOS DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE AMEAÇA – IMPOSSIBILIDADE, CONTUDO, DE DEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO QUANTO A REFERIDOS CRIMES, POR SE TRATAR DE DELITOS IMPREGNADOS DE MÍNIMA OFENSIVIDADE – EXTRADIÇÃO INDEFERIDA. PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE. – [...] O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. – Na aferição do postulado da dupla tipicidade, mostra-se relevante a constatação da presença dos elementos estruturantes do tipo penal ("essentialia delicti"), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal atribuída aos fatos delituosos. Precedentes. [...] (Ext 1145, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT V.. 02350-01 PP-00019 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p._339-361 RTJ V. 00209-03 PP 01005) Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28EXTRADI%C7%C3O+E+DUPLA+E+INCRIMINA%C7%C3O%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j9k88bc>>. Acesso em: 29 dez. 2016.

basta que o fato seja crime no Brasil, não importando eventuais diferenças acidentais entre os tipos penais de ambos os países.

Ressalte-se, ainda, que o STF, na extradição, realiza uma cognição limitada, haja vista que só analisa a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição, não podendo adentrar na avaliação probatória do processo de origem.¹⁶⁴ Com efeito, não poderia, assim como não o fez, uma análise em concreto se as vítimas objeto do sequestro estavam ou não mortas. Desse modo, verifica-se que o entendimento no STF, para fins extradicionais, é o de que não se pode falar em fim do período de consumação do crime de sequestro, enquanto não se souber o paradeiro da vítima. E assim não poderia ser diferente, já que não poderia alterar a capitulação do crime pelo qual os requerentes estavam sendo acusados na Argentina, de sequestro, para o crime de homicídio, nem adentrar na prova acerca das mortes ou não das vítimas.

Faz-se mister transcender a esfera extradicional, de cognição limitada, para análise crítica sob perspectiva dogmática penal comparativa entre os delitos de sequestro e desaparecimento forçado, com a finalidade de melhor compreender suas estruturas típicas e verificar os bens jurídicos envolvidos, formas de execução, tempo de consumação.

Observe-se que essa análise ganha especial importância após o julgamento do pedido de extradição n. 1.362 ocorrido em 9/11/2016 o qual afastou a tese da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Ementa: Direito Internacional Público. Extradição. República Federal da Alemanha. Código Bustamante – derrogação. “Fraude”. Crime tipificado no Brasil como estelionato (art. 171 do Código Penal). Dupla tipicidade. Ausência de prescrição em ambos os ordenamentos jurídicos. Promessa de reciprocidade. Eficácia. Presunção iuris tantum. Insuficiência documental. Inocorrência. Detração do tempo de cumprimento de prisão preventiva no Brasil. Crime sem conotação política. Extradição Deferida.

[...] O processo de extradição, tal como delineado no Estatuto do Estrangeiro, é norteado pela contenciosidade limitada – § 1º do art. 85 da Lei n. 6.815/80, verbis: § 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição. 3. A cognição plena dos elementos de prova em sede de extradição resta impossibilitada, devendo ser consideradas aquelas aferidas pelo juízo alienígena quanto a este tópico específico. [...] (Ext 1.293, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/6/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-8-2013 PUBLIC 13-8-2013)

¹⁶⁵ O placar de votação foi apertado por seis votos a cinco. Votaram contra a extradição os Ministros Teori Zavascki, Luiz Fux, Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Melo. Votaram a favor da extradição os Ministros Edson Fachin (Relator), Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1362&classe=Ext&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 13 dez. 2016.

No pedido n. 1.362, a Argentina requereu a extradição de seu nacional pelos crimes equiparados no Brasil aos de homicídios qualificados, sequestros qualificados consumados e quadrilha ou bando, ocorridos no ano de 1974. Diferentemente dos demais pedidos de extradição, as vítimas do sequestro apareceram algumas vivas e outras mortas, não estando nenhuma desaparecida, razão pela qual não se discutiu a duração da consumação do sequestro. Portanto, nesse pedido de extradição argumentava-se que os crimes objeto da extradição seriam imprescritíveis no âmbito internacional por se tratarem de crimes de lesa humanidade. O STF decidiu que somente uma lei interna poderia regular os termos prescricionais e que, como o Brasil não firmou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, a prescrição seria regulada pelo Código Penal, que prevê um prazo prescricional de no máximo 20 anos.

Afastada a tese da imprescritibilidade para crimes contra a humanidade, em razão do decurso de mais de 20 anos desde o fim do regime militar no Brasil, a única possibilidade jurídica que resta para dar curso à persecução penal no Brasil pelos crimes ocorridos durante a ditadura militar é sustentar a permanência do delito de sequestro nos casos em que as vítimas ainda estão desaparecidas até o momento. Portanto, a tese vencedora no julgamento do pedido de extradição n. 1.362, que afasta a imprescritibilidade, impele ao insucesso os demais processos que imputam crimes de execução instantânea, tais como os de homicídios, fraude processual, transporte de explosivos que já se consumaram há mais de 20 anos.

4 ANÁLISE DOGMÁTICA DO DESAPARECIMENTO FORÇADO E DO SEQUESTRO

O desaparecimento forçado de pessoas não encontra previsão típica em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual necessário construir um modelo padrão para que seja realizada uma análise dogmática de sua estrutura. Não é possível utilizar, como fonte única, as noções contidas nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional já que os projetos tratam, cada um a seu modo, de forma distinta os elementos constitutivos do delito em comento, não permitindo, a extração de um modelo único.

Ademais, como visto, há importantes diferenças estruturais entre os conceitos de desaparecimento forçado de pessoas, previstos na CIDPF e no Estatuto de Roma, impedindo, que se recorra a um tipo padrão internacional para estudo. No entanto, é possível extrair elementos comuns sobre os quais se poderá realizar uma análise uniforme, sem prejuízo de se estudar as principais particularidades que se apresentam.

4.1 Elementos comuns

A Corte IDH traça três elementos comuns no desaparecimento forçado de pessoas, a saber: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa.¹⁶⁶ Há de se ponderar, todavia, que o Estatuto de Roma permite, como sujeito ativo, a intervenção de organização política sem vínculo com o Estado. Essa opção, inclusive, foi seguida no projeto de lei n. 301/2007, projeto de lei n. 245/2011 e projeto de lei n. 23.649/2012 em trâmite no Congresso Nacional, prevendo, como sujeito ativo, grupos armados paramilitares.

Camacho, por sua vez, descreve cinco elementos comuns que permitem compreender a dinâmica do delito e a sua gravidade. O primeiro refere-se a privação da liberdade da vítima. O segundo cinge-se à participação do Estado ou de um

¹⁶⁶ Transcrevo: "65. Esta caracterização é consistente com outras definições presentes em diferentes instrumentos internacionais que afirmam como elementos concorrentes e constitutivos do desaparecimento forçado: a) a privação da liberdade; b) a intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, e c) a negativa de reconhecer a detenção e de revelar a sorte ou o paradeiro da pessoa interessada. [...]" Caso Gelman *versus* Uruguai, sentença de mérito. Parágrafo 65. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_2188_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

grupo político com poder de fato sobre o território. O terceiro elemento seria o ocultamento da vítima ou negar informações sobre o seu paradeiro e destino.

O quarto elemento, segundo o referido autor, seria o concurso necessário de mais de uma pessoa na sua execução. Em razão da complexidade do delito, seria praticamente impossível que uma única pessoa realize todas as ações nucleares do tipo penal para sua consumação. Todavia, o concurso necessário, por não estar descrito no tipo, mas decorrer da interpretação na forma de sua execução, não pode ser alçado como elemento comum.¹⁶⁷ Por fim, o quinto elemento seria a intencionalidade, uma vez que a gravidade e a complexidade do delito não permitem a sua execução na forma omissiva. Pelo mesmo motivo, não será considerada a intencionalidade como elemento comum, mas como forma de execução, não integrante do tipo.

Com efeito, como elemento comum para o desaparecimento de pessoas em todas as legislações analisadas seja no âmbito internacional ou no âmbito doméstico do direito comparado é o preenchimento de duas situações fáticas de forma sucessiva realizado com intervenção direta de agentes estatais ou sua aquiescência, a contar: 1) Privação da liberdade da vítima; e 2) Negativa de reconhecer a detenção e de revelar o seu paradeiro.

4.1.1 Privação da liberdade

A restrição da liberdade ambulatorial da vítima pode ocorrer por qualquer forma, sendo as mais comuns pela prisão, detenção, sequestro, cárcere privado, apreensão ou arrebatamento, não importando o *nomen iuris* utilizado para restringir a liberdade da vítima. Nesse ponto, Ambos e Böhm asseveram que a privação da liberdade não precisa ser ilícita desde o início.¹⁶⁸ Gómez Camacho sustenta que

¹⁶⁷ A Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional a expressão *perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley* do tipo pena de desaparecimento forçado de pessoa, mediante a sentença C-317, de 2 de maio de 2002, por reduzir de forma significativa a proteção contra o desaparecimento forçado prevista na Constituição. Com efeito, da forma original, estariam excluídos como sujeitos ativos: a) Os integrantes das forças de segurança pública; b) os particulares que não integrassem qualquer grupo e que atuassem de forma isolada; c) os particulares que não integrasse grupos armados; e d) particular que integrasse grupos armados reconhecidos pela lei. Desse modo, qualquer agente estatal ou particular, incluindo um único agente de forma isolada, poderia ser sujeito ativo do crime de desaparecimento forçado de pessoas.

¹⁶⁸ AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura;

inicialmente a prisão pode ser legal como nos casos de prisão em flagrante, mas que depois pode se tornar irregular a ponto de converter-se num desaparecimento forçado.¹⁶⁹

O grupo de trabalho sobre desaparecimentos forçados e involuntários de pessoas das Nações Unidas¹⁷⁰ afirma que a proteção de uma vítima contra o desaparecimento forçado deve ser efetiva e proteger contra o ato de privação de liberdade, qualquer que seja a forma que esta tome, não se limitando a casos de privação ilegítima de liberdade.

Modolell González, todavia, sustenta que o desaparecimento forçado ocorre necessariamente quando há uma privação ilegal da liberdade da vítima, uma vez que os textos internacionais, ao admitirem que a privação da liberdade poderia ser por *qualquer forma* refere-se a sua forma de execução e não quanto à legitimidade ou não da restrição da liberdade.¹⁷¹

A ilegalidade da privação da liberdade decorre necessariamente da inobservância das garantias processuais, negando a sua ocorrência e impedindo o seu controle judicial. Desse modo, a ilegalidade da detenção decorre de forma implícita pela fase subsequente da ocultação da prisão, assim como pela negativa em se fornecer o paradeiro da vítima. Nos casos em que a prisão se realiza sem justo título, seja por ausência de flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade judicial competente, a ilegalidade terá duplo aspecto, seja por ausência dos pressupostos para a sua realização, seja pela negativa de sua ocorrência ou de informar o paradeiro da vítima.

A ilegalidade da detenção é circunstância necessária, embora não suficiente, para o início do desaparecimento forçado de pessoas, sendo que a prisão pode se

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 72-73.

¹⁶⁹ GÓMEZ CAMACHO, Juan José, *La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional*, Revista Mexicana de Política Exterior, n. 66, 2007, p. 32.

¹⁷⁰ O Grupo de trabalho assevera que "Under the definition of enforced disappearance contained in the Declaration, the criminal offence in question starts with an arrest, detention or abduction against the will of the victim, which means that the enforced disappearance may be initiated by an illegal detention or by an initially legal arrest or detention. That is to say, the protection of a victim from enforced disappearance must be effective upon the act of deprivation of liberty, whatever form such deprivation of liberty takes, and not be limited to cases of illegitimate deprivations of liberty". Grupo de Trabalho sobre Desaparecimentos Forçados, General Comment on the definition of enforced. Disponível em <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/disappearance_gc.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2016.

¹⁷¹ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. La desaparición forzada de personas em el sistema interamericano de derechos humanos. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 188.

manifestar ilegal sob um único aspecto, quando há justo título para a sua realização, mas se negam os direitos processuais do preso ou de forma duplamente ilegal, quando não há justo título para a prisão e são negados os direitos processuais do preso de informar a sua ocorrência ou o paradeiro da vítima para fins de controle de legalidade. Não é exigível, ainda, que o autor da privação da liberdade seja a mesma pessoa que tenha a incumbência de fornecer a informação sobre o paradeiro do detido.¹⁷²

A privação da liberdade, embora necessária para o desaparecimento forçado, suscita controvérsia na doutrina acerca da sua natureza jurídica com relação com o tipo penal. Meini sustenta que o comportamento típico é aquele sobre o qual incide o desvalor da conduta. Para o autor, a privação da liberdade não faz parte do comportamento proibido pela norma penal, mas, deve ser interpretado como exigência e prova do único cenário em que o desaparecimento forçado ocorre. Com efeito, a privação de liberdade é pressuposto para a realização do tipo penal que só se materializa com a fase subsequente de desaparecer a pessoa, negando a detenção e não informando o paradeiro da vítima.¹⁷³

Ressalte-se que a restrição da liberdade pode ocorrer, ainda de forma omissiva, no caso de a vítima já se encontrar presa, sobretudo quando a prisão se afigura com justo título, mas que se deixa de colocá-la em liberdade, quando assim se deva, com o objetivo de fazer desaparecê-la. Pode ocorrer de a vítima ter sido presa em flagrante delito, por crime que admite a concessão de fiança pela autoridade responsável, que, em vez de soltá-la mediante o pagamento de fiança, a retém indevidamente, negando a prisão e não informando seu paradeiro.

Ambos e Böhm defendem a ideia que a privação da liberdade é um ato preparatório para o crime de desaparecimento forçado de pessoas, embora esteja incorporado ao tipo. Com efeito, seja como pressuposto para a realização do tipo ou como ato preparatório, quando ocorre a privação da liberdade, sem ter sido dado início à fase subsequente relativa à negativa de informações, o comportamento seria

¹⁷² MESEK, *Tatbestand*, p. 232 apud AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.105.

¹⁷³ MEINI, Iván. Perú. In: AMBOS, Kai. Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 120.

atípico para o desaparecimento forçado de pessoas, não se podendo sequer cogitar acerca do crime na modalidade tentada.¹⁷⁴

No entanto, esses posicionamentos não devem prevalecer, uma vez que, se a ação nuclear de restringir a liberdade da vítima, está incluída no tipo penal, não podendo ser tratada como um mero ato preparatório. A privação da liberdade constitui fase executiva do tipo penal, embora não do seu fechamento, que só ocorre com a etapa subsequente.

Em sendo iniciada a privação da liberdade, sem que a fase subsequente de negativa de informações ocorra por motivos alheios à vontade do agente, restará configurado o desaparecimento forçado de pessoas na modalidade tentada. Por exemplo, no caso de a vítima ter sido sequestrada por uma equipe das forças de segurança do Estado com o objetivo de fazê-la desaparecer e, no trajeto para o local onde seria presa, consiga fugir, haverá tentativa de desaparecimento involuntário de pessoas, uma vez que já iniciados os atos executórios, mas que não se consumou por fato alheio à vontade do agente. O ato de privação da liberdade não é instantâneo, prolongando-se enquanto essa situação permanecer por vontade do agente.

4.1.2 Negativa de prestar informações

A negação de informação no desaparecimento forçado pode ter um duplo objeto alternativo. O primeiro consiste na negativa do reconhecimento da prisão da vítima, quando, por via de consequência, não se informa o seu paradeiro e estado. A negativa pode, também, recair sobre o paradeiro ou sorte da vítima, ainda que haja reconhecimento do ato relativo à sua detenção, nos casos, por exemplo, em que o agente presta informação falsa, afirmando que o preso fugiu ou que foi solto e não se encontra mais sob guarda, quando, na verdade, foi desaparecido.

Essa negativa de prestar informações é essencial para o perfazimento do delito de desaparecimento, que pode assumir, no plano normativo, uma dupla estrutura. A primeira, mais complexa, em que estão previstos no tipo duas fases executivas, a saber: i) privação da liberdade; e ii) a negativa de fornecer

¹⁷⁴ AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105.

informações. A segunda alternativa de cometimento mais simples consiste na previsão de punição de uma única conduta omissiva de não prestar informações sobre a localização, o paradeiro ou o estado da vítima.¹⁷⁵ Essa segunda modalidade de execução não se distingue, ontologicamente, da segunda fase da primeira forma, sendo o seu reflexo.¹⁷⁶

A negativa de fornecer informações é o núcleo central de fechamento do tipo do desaparecimento forçado, levando à seguinte questão: a partir de que momento a vítima desaparece, e, por via de consequência, o delito é consumado. A negativa de informar decorre do caráter correlacional do dever de prestar informação. O dever de informar a detenção deve ser buscado dentro dos deveres processuais impostos em cada ordenamento jurídico.

Na Alemanha, de acordo com Ambos e Bohm, o legislador exigiu expressamente que a informação sobre a vítima tenha sido requerida para o preenchimento do tipo penal, não sendo suficiente a simples omissão, quando inexistente um pedido prévio.¹⁷⁷ No entanto, em não havendo dispositivo demandando requerimento prévio de informações para que seja configurado o crime de desaparecimento forçado, Cornelius sustenta, afirmando ser majoritário, o entendimento de que a informação deve ser fornecida com brevidade, “sem demora culpável”.¹⁷⁸

No Brasil, há regramento específico sobre comunicações de prisões e detenções ocorridas por flagrante delito. Além de o custodiado ter de ser apresentado à autoridade policial, esta tem o dever de comunicar imediatamente ao

¹⁷⁵ Previsão contida no Projeto de Lei n. 6.240/2013, na Lei n. 18.026 de 25/9/2006, que tipificou o desaparecimento forçado de pessoas no Uruguai e no Parágrafo 7º, par. 1, N. 7, do VStGB alemão.

¹⁷⁶ WERLE, *Volkerstrafrecht*. p. 871 apud AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.104.

¹⁷⁷ Neste sentido, pontuam que 'El ordenamiento alemán — penal internacional — en cambio, el VStGB en la primera alternativa de comisión prevista (§ 7, párr. 1, Nr. 7a VStGB) exige expresamente que tal información haya sido requerida. Así lo explicitan también WERLE y BURCHARDS: “El simple no brindar la información correspondiente sin haber habido una petición [Nachfrage] previa al respecto no alcanza para la consumación de la alternativa del tipo penal”. Y también se aplica a la segunda alternativa (§ 7, párr. 1, Nr. 7b VStGB), aunque no esté expresamente señalado’. (AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa*. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional. Primera edición*. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 234

¹⁷⁸ CORNELIUS, Kai. *Vom spurlosen verschwindenlassen zur bernachrichtigungspflicht bei festnahmen*. Berlin: Berliner wissenschafts-verlag, 2006 Apud AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 106.

juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Ademais, o respectivo auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado em até 24 horas ao juiz competente com cópia integral para a Defensoria Pública, caso não tenha o preso indicado advogado.¹⁷⁹

Há de se recordar, ainda, que o art. 7º da CADH estabelece que toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.¹⁸⁰ Com o objetivo de dar concreção a esta obrigação internacional, a Resolução n. 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça instituiu as audiências de custódias, fixando-se o prazo de 24h para a sua realização após a comunicação de qualquer prisão.¹⁸¹

Verifica-se, pois, que há um dever específico de que as prisões efetivadas sejam comunicadas ao poder judiciário com o objetivo de controlar a sua legalidade e necessidade. Ressalte-se que este dever não fica circunscrito aos agentes das forças de segurança, mas se estende aos particulares que tenham efetuado a prisão em flagrante de alguém de conduzi-lo à autoridade policial.¹⁸²

¹⁷⁹ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

¹⁸⁰ Art.7 Alínea 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁸¹ Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 213 de 2005. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹⁸² Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

4.2 Consumação

A fixação do momento consumativo do delito é de suma importância por refletir sobre vários outros institutos, em especial, na tentativa, no início do prazo de prescrição, na competência territorial e na incidência da lei penal no tempo. Necessário, pois, estabelecer, de forma prévia, a noção de consumação do delito.

O Código Penal considera consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.¹⁸³ Em outras palavras, a consumação ocorre quando o fato realizado pelo agente preenche de forma integral o modelo abstrato descrito pelo tipo penal. Bitencort assevera que “consuma-se o crime quando o tipo está inteiramente realizado, ou seja, quando o fato concreto se subsume no tipo abstrato da lei penal”.¹⁸⁴

As questões que surgem da análise do crime de desaparecimento forçado de pessoas cingem-se em fixar o seu momento consumativo e o respectivo tempo de duração, sobretudo quando em praticamente todas as legislações analisadas, seja no plano internacional, no âmbito do direito comparado ou nos projetos de leis em curso no Congresso Nacional, há a expressa previsão normativa de que se trata de crime permanente ou continuado,¹⁸⁵ que não cessa enquanto não se souber o paradeiro da vítima ou de seus restos mortais, sendo inclusive este o entendimento pacífico da Corte IDH.¹⁸⁶

¹⁸³ Art. 14 – Diz-se o crime: Crime consumado

I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal.
BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

¹⁸⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 412.

¹⁸⁵ ALFLEN aponta que houve equívoco quando a CIDFP menciona a natureza continuada do delito de desaparecimento involuntário, uma vez que a continuidade delitiva pressupõe a ocorrência de vários fatos delituosos que, quando cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução, por questão de política criminal, possui reflexos na aplicação da pena. (ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas e o direito penal brasileiro. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 36.)

¹⁸⁶ Transcrevo: “110. De todo o exposto, pode-se concluir que os atos que constituem o desaparecimento forçado têm caráter permanente e que suas consequências acarretam uma pluriofensividade aos direitos das pessoas reconhecidos na Convenção Americana, enquanto não se conheça o paradeiro da vítima ou se encontrem seus restos, motivo pelo qual os Estados têm o dever correlato de investigar e, eventualmente, punir os responsáveis, conforme as obrigações decorrentes da Convenção Americana.” Caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, sentença de mérito. Parágrafo 110. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

Embora, em seus pronunciamentos recentes, a Corte IDH afirme que se trata de um entendimento uniforme adotado desde o seu primeiro caso julgado,¹⁸⁷ não é o que se vislumbra ao se analisar o caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, assim como o caso *Blake versus Guatemala*. Em 1988, a Corte IDH afirmou, de forma peremptória, que não obstante a vítima ainda estivesse desaparecida, o desaparecimento forçado já teria se consumado, inclusive com a presunção da morte da vítima.^{188 189}

No caso *Blake versus Guatemala*, a Corte IDH enfrentou uma questão preliminar referente à sua própria competência em razão do tempo. Ficou assentado que, como a Guatemala reconheceu a competência da Corte IDH em 1987, não poderia conhecer a privação da liberdade e a morte da vítima, ocorridas em 1985. Somente foi conhecida a violação relativa ao fato da ocultação dos restos mortais da vítima, encontrados em 1992 e a ausência de investigação efetiva. A Corte IDH fragmentou o desaparecimento forçado de pessoas em parte autônomas e independentes, embora com efeitos que se protraíssem no tempo como foi a localização dos restos mortais.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Transcrevo: "104. A caracterização pluriofensiva, quanto aos direitos afetados, e continuada ou permanente do desaparecimento forçado se desprende da jurisprudência deste Tribunal, de maneira constante, desde seu primeiro caso contencioso há mais de vinte anos, inclusive com anterioridade à definição contida da Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas". Caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, sentença de mérito. Parágrafo 104. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁸⁸ Transcrevo: "182. A Corte tem a convicção, e assim tem dado por provado, de que o desaparecimento de Manfredo Velásquez foi consumado por agentes que agiram sob a cobertura de uma função pública. Mas, mesmo que não se tiver podido demonstrar tal coisa, a circunstância de que o aparelho do Estado tenha-se absterido de agir, o que é comprovado plenamente, representa um não cumprimento imputável ao Estado de Honduras, dos deveres contraídos em virtude do artigo 1º (1) da Convenção, conforme o qual era obrigada a garantir a Manfredo Velásquez o pleno e livre exercício dos seus direitos humanos". Caso *Velasquéz Rodríguez versus Honduras*, sentença de mérito. Parágrafo 182. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁸⁹ Transcrevo: "Que Manfredo Velásquez desapareceu em 12 de setembro de 1981, entre 16:30 e 17:00 horas, em um estacionamento de veículos no centro de Tegucigalpa, sequestrado por vários homens fortemente armados, vestidos em trajes civis, que utilizaram um veículo marca Ford de cor branca, sem placas e que hoje, quase sete anos depois, continua desaparecido, de maneira que se pode supor, razoavelmente, que está morto (testemunhos de Miguel Angel Pavón Salazar, Ramón Custodio López, Zenaida Velásquez, Florencio Caballero, Leopoldo Aguilar Villalobos e recortes de jornal)". Caso *Velasquéz Rodríguez vs. Honduras*, sentença de mérito. Parágrafo 147, V, E. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁹⁰ Transcrevo: 86. A Corte adverte que a morte do Senhor Nicholas Blake, ocorrida durante o desaparecimento forçado, foi um ato consumado, de acordo com algumas provas testemunhais e com a certidão de óbito (supra, parágrafo 52.a e m), em 28 ou 29 de março de 1985, ou seja, antes da data do reconhecimento, pela Guatemala, da competência da Corte. Como na sentença de

Ao tentar responder a forma como a fase executiva se entrelaça com a consumação do delito, Galain Palermo formula quatro possíveis entendimentos, seja quando o delito é composto, na sua forma típica, por duas fases, privação da liberdade e negativa de informação, ou quando o delito é unifásico composto somente pela forma omissiva em negar informações.¹⁹¹

O *primeiro entendimento*, quando se está diante na modalidade em que o delito se decompõe em duas fases consistentes na privação da liberdade seguida da negativa de informação, sustenta que a privação da liberdade dá início à execução do delito, o qual se consumaria no momento em que pela primeira vez se nega a informação quanto à detenção da vítima ou não informa o seu paradeiro. Com efeito, é classificado como um crime instantâneo de efeitos permanentes. A situação de desaparecimento seria um exaurimento do delito cujos efeitos se prolongariam no tempo. Ademais, eventual disposição normativa declarando o caráter permanente do delito, não teria o condão de transmutar a sua natureza, tendo relevância apenas para fixar o início da contagem do prazo prescricional, o qual não correria enquanto não se soubesse o destino da vítima.

O mesmo posicionamento é aplicável na segunda modalidade de cometimento do crime em que se incrimina somente a negativa de informação quanto ao destino da vítima. Nesse caso, o delito se iniciaria e se consumaria a um só tempo, quando o agente não informa, no prazo e forma da legislação de cada país, acerca da detenção da vítima. Do mesmo modo, seria um crime instantâneo de efeitos permanentes.

O *segundo entendimento*, também denominado de crime comissivo por omissão, enxerga na negativa de informação uma omissão imprópria. A infração demanda um autor especial com o dever de salvaguarda e dever de proteção decorrente da privação da prévia da liberdade da vítima, transformando-se num agente garantidor por ingerência. Com efeito, enquanto não fosse cumprido o dever de salvaguarda e proteção, o crime estaria em permanente consumação.

exceções preliminares, de 2 de julho de 1996, decidiu-se que somente tem competência para se pronunciar acerca dos efeitos e fatos posteriores à data de reconhecimento da sua competência (9 de março de 1987), este Tribunal considera que não pode se pronunciar sobre a morte do Senhor Nicholas Blake, de conformidade com o artigo 4º da Convenção Americana. Caso Blake *versus* Guatemala, sentença de mérito. Parágrafo 86. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁹¹ GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 150 et seq.

Por via de consequência, a permanência do delito não poderia se vincular ao aparecimento da vítima com vida ou até mesmo ao descobrimento de seus restos mortais, mas, sim, ao cumprimento do dever de salvaguarda e proteção da vítima, o que demandaria a comprovação não só do elemento subjetivo dolo, mas, sobretudo a possibilidade atual de o autor impedir a lesão ao bem jurídico.

Um *terceiro entendimento* vislumbra um crime omissivo puro ou próprio em que a norma penal impõe um dever mandamental de "evitar o desaparecimento de pessoas", cujo descumprimento se concretiza na realização do injusto penal. Nessa perspectiva, seria um crime instantâneo.

O *quarto entendimento*, adotado pelo citado autor, adota a classificação como crime omissivo impróprio, mas não com base na posição do garantidor por ingerência, mas com suporte num dever especial extrapenal derivado de sua função concreta de funcionário público.

Com efeito, na primeira modalidade executiva, o dever especial do agente, seja na qualidade de funcionário público ou particular, com autorização ou anuência do Estado, é restrita aos participantes da privação da liberdade. Na segunda modalidade executiva, o agente deve ter alguma relação com os sujeitos que atuaram na privação da liberdade, sob pena de se alargar de forma demasiada o dever especial e a posição de garante a quem não tem qualquer vínculo com o Estado. Assim, essa modalidade pode ser praticada por um membro do grupo estatal ou paramilitar responsável pela privação da liberdade, mesmo que ele não tenha participado diretamente do sequestro.

Zaffaroni e Pierangeli, ao discorrerem sobre as condutas penalmente relevantes na forma omissiva, pontuam que a ação e a omissão são técnicas distintas para se coibirem condutas humanas. Todas as normas penais são proibitivas, sendo que umas são enunciadas de forma proibitiva, como, por exemplo, "não roubarás", e outras são construídas de forma preceptiva, tal como "ajudarás". No primeiro caso, proíbe-se a conduta prevista e, no segundo, proíbe-se qualquer outra ação que não seja aquela indicada no tipo.¹⁹²

A realização do crime omissivo decorre, pois, da incongruência entre a conduta realizada e a descrita. Toda e qualquer outra ação que não seja aquela prescrita pela norma, será considerada típica (*aliud agere*). A omissão

¹⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 467.

necessariamente se encontra no tipo penal, inexistindo omissões pré-típicas. A omissão não é um simples não fazer, mas um não fazer de uma conduta determinada pela norma penal, que pode se reportar a outras fontes de deveres. Antes de qualquer referência típica, há somente ações, podendo o tipo penal proibir que uma determinada ação seja realizada ou proibir qualquer outra ação que não seja aquela prescrita pela norma penal.

Tradicionalmente, é utilizada a classificação bipartida dos crimes omissos que se subdividem em crimes omissos próprios e crimes omissos impróprios.¹⁹³ No entanto, diversos critérios distintivos para esta classificação podem ser utilizados. Welzel aponta como elemento diferenciador a qualidade do sujeito ativo. Nos tipos penais em que o sujeito ativo é individualizado, restringindo o círculo de autores, haveria a omissão imprópria. De outra banda, quando não se exige alguma qualidade especial do sujeito ativo, que pode ser qualquer um, haveria crime omissivo próprio.¹⁹⁴

Kaudmann utiliza o critério da previsão legal, considerando crime omissivo próprio aquele em que o tipo legal prevê a omissão. O crime omissivo impróprio não tem a omissão prevista no tipo penal, mas sim uma conduta ativa, que pode ser realizada de forma omissiva.¹⁹⁵ Um terceiro critério baseia-se no resultado. Para Jescheck, o crime omissivo próprio é de mera atividade, e se consome com o simples descumprimento de um dever. O crime omissivo impróprio será um crime de resultado, cuja ocorrência deveria ser impedida pelo agente.¹⁹⁶

Os crimes omissos impróprios possuem estruturas que guardam correspondência com a forma comissiva com a qual se equipara, havendo uma restrição do círculo de autores na posição de garantes. Os crimes omissos impróprios podem ser escritos ou não escritos a depender se o rol de garantidores está inserto no próprio tipo penal.^{197 198}

¹⁹³ TAVARES aponta a existência de uma classificação tripartida que, além das duas modalidades citadas, há um terceiro tipo, denominado de delitos de omissão e resultado, os quais, segundo o referido autor, podem ser enquadrados dentro da classificação bipartida. (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 307).

¹⁹⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 1970, p. 287 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 308.

¹⁹⁵ KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 308.

¹⁹⁶ JESCHECK, Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1977 p. 605 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 308.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro* II, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 355.

Tavares utiliza um duplo critério sucessivo para qualificar os crimes omissivos impróprios. Num primeiro plano, verifica-se a existência dos pressupostos da posição de garantidor, limitando o círculo de autores para aqueles que possuem uma relação especial com a vítima, uma posição especial de proteção, que não pode ser estendida a toda coletividade. Ocorre que esse dever de proteção refletido na norma mandamental alia-se, num segundo plano, a um dever de impedir o resultado danoso, cujo implemento viola uma norma proibitiva.¹⁹⁹

Essa linha vinculatória que liga o dever de proteção à obrigação de impedir o resultado proibido é chamada de cláusula de equivalência ou de absoluta identidade. Por sua vez, no crime omissivo próprio, o sujeito ativo, que pode ser qualquer um,²⁰⁰ ao não realizar a ação exigida, automaticamente viola a norma mandamental. Nesse sentido, assevera:²⁰¹

Haverá crime omissivo próprio toda vez que, além da generalidade do sujeito ativo, a não realização da ação possível implique por si mesma a violação de uma norma mandamental. Haverá, por outra parte, crime omissivo impróprio toda vez que a não realização da ação possível, por parte de um sujeito na posição de garantidor, implique o não impedimento do resultado, na mesma medida de sua produção por ação.

Com efeito, é adequado o posicionamento de Galain Palermo, adotado por Ambos e Böhm, ao qualificarem o desaparecimento forçado de pessoas como um delito omissivo impróprio com suporte num dever especial extrapenal derivado de sua função concreta de funcionário público.^{202 203} Na primeira modalidade executiva,

¹⁹⁸ Como se nota na modalidade omissiva do crime de maus tratos.

Art. 136 – Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fins de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa. BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

¹⁹⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 309.

²⁰⁰ Nem sempre a existência de uma posição especial do agente implicará a existência de um crime omissivo impróprio. Neste sentido, ver BIERRENBACH sobre dos artigos 133, 134, 136 e 318, todos do Código Penal (BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. Niterói: 3. ed. rev. e atual. Impetus, 2014 p. 14.) e TAVARES ao sustentar que se trata de crime omissivo próprio subordinado à posição de garantidor do funcionário público o crime de prevaricação na modalidade “retardar ou deixar de praticar ato de ofício” no art. 319 do CP (TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 310-311).

²⁰¹ TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 309

²⁰² Transcrevo: “En ese caso podría pensarse — siguiendo una posición funcional más radical — en una posición de garante que no tuviera por qué depender de la injerencia ni del dominio del hecho que el garante tenga sobre la desaparición⁹⁰, sino que ella se dedujera del deber especial extrapenal derivado de su función concreta de funcionario, cuando se tuviera un deber específico de cumplimiento anterior a la formulación del tipo. [...] Téngase en cuenta la propuesta de parte de la

o dever especial do agente, seja na qualidade de funcionário público ou particular, com autorização ou anuência do Estado, será restrita aos participantes da privação da liberdade. Na segunda modalidade executiva de omissão da informação quanto ao paradeiro da vítima, é prudente a observação de Galain Palermo de que o agente deve ter alguma relação com os sujeitos que atuaram na privação da liberdade.

No tocante à primeira forma de execução do delito em comento e partindo do pressuposto de que tanto o ato de privação de liberdade quanto a negativa em fornecer informações sobre o paradeiro da vítima são elementos constitutivos do tipo penal, resta evidente que, enquanto qualquer das duas fases ainda estiver em execução, não se poderá considerar que o processo consumativo tenha se concluído. A primeira fase referente à privação da liberdade da vítima é uma ação que se prolonga no tempo.

Não comunicado à autoridade competente no prazo legal acerca da detenção da vítima, o crime de desaparecimento forçado de pessoas terá preenchido todos os elementos descritos no modelo abstrato típico, razão pela qual pode ser considerado como consumado. Surge, então, outro ponto problemático. A omissão em negar informações sobre o paradeiro da vítima seria uma conduta permanente, que se consumaria enquanto o agente se mantiver inerte ou seria instantânea, ainda que dela possam decorrer efeitos duradouros?

Antes de adentrar na discussão do período de duração do desaparecimento forçado de pessoas, há de se distinguir entre tipos de crimes: consumado, exaurido,

doctrina penal de crear en el Código Penal delitos de omisión de garante para determinados grupos de casos (v. gr. omisiones de sujetos especialmente obligados en la función pública etc.), de modo de frenar cualquier tendencia político-criminal a la extensión de imputaciones por comisión por omisión. En estos casos la posición de garante surge de entre el círculo de funciones asignadas al sujeto, siguiendo la lógica de que el Estado depende de que sus funcionarios asuman una función de protección sobre determinados bienes jurídicos. Al respecto se dice: "El fundamento de obligación de impedir el resultado (ataque por la acción delictiva de un tercero o impedimento de la situación de necesidad) no se deduce de la condición de funcionario del policía, sino de que él ha asumido una correspondiente posición de protección"⁹³. Esto significa que no cualquier agente del Estado o particular debidamente autorizado tendrán ese deber especial, sino que el deber se debe deducir del cargo y de las funciones desempeñadas al momento del delito". (GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 159 et seq.)

²⁰³ AMBOS e BÖHM entendem que "se trata de um delito de omissão imprópria, em que a posição de garantidor subsiste por desígnio típico e o tipo é assim um delito especial. A posição de garantidor se conformaria a partir do dever extrapenal que emerge do concreto papel de funcionário público - ou assimilável a funcionário - papel que seria anterior à tipificação do desaparecimento forçado. Reprova-se o não cumprimento de um dever de salvaguarda e este dever deve deduzir do cargo e das funções desempenhadas no momento do cometimento dos fatos. (AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 75.

instantâneo e permanente. Crime consumado ocorre quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal. O exaurimento do crime consiste nos efeitos que decorrem do crime que já foi consumado, mas que persiste em emanar consequências danosas, ainda que não vistas ou queridas pelo agente.²⁰⁴ É o caso do crime de corrupção passiva, que se consuma na solicitação da vantagem indevida, sendo que eventual pagamento constitui o seu exaurimento.

Quanto ao momento de duração, os crimes podem ser instantâneos ou permanentes. A instantaneidade do crime não decorre do seu processo executivo, mas da sua consumação. Bettiol assevera que, pela descrição abstrata do delito, por si, não é possível concluir se se trata de um crime instantâneo, devendo-se averiguar a natureza do bem jurídico tutelado, afirmando que, normalmente, os que resguardam bens jurídicos destrutíveis seriam instantâneos.²⁰⁵

Fayet subdivide os crimes instantâneos em três espécies de acordo com os efeitos que lhe seguem. Os crimes instantâneos de efeitos instantâneos são aqueles que junto com o momento consumativo esgotam-se todos os efeitos dele decorrentes. Os crimes instantâneos de efeitos temporários são aqueles em que, após a consumação, haverá efeitos não duradouros que se seguirão, independentemente da vontade do agente, que progressivamente desaparecerão, possibilitando o retorno do bem jurídico à situação anterior ao crime.²⁰⁶ A terceira espécie de crime instantâneo é o de efeitos permanentes cujo resultado do crime já consumado é a manutenção de um estado de situação antijurídica, independentemente da ação do agente.

No entanto, a consumação pode se estender no tempo por vontade do agente quando, então, haverá o crime permanente. No caso, entre o início e o fim da consumação do delito, há um período temporal composto por diversos momentos consumativos, que se aglutinam e se entrelaçam um no outro, protraindo-se no tempo. Durante esse período, o bem jurídico tutelado pela norma penal é

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 413.

²⁰⁵ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 471

²⁰⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 179.

permanentemente lesionado num estado antijurídico contínuo, cuja cessação depende da vontade do agente, segundo leciona Mantovani.²⁰⁷

Campus pondera que o bem jurídico objeto de tutela nos crimes permanentes não é suscetível de diminuição ou destruição, mas apenas de compressão, de obstacularização no seu exercício ou na sua realização.²⁰⁸ Bettioli afirma que nem todo crime que tutela um bem jurídico imaterial enseja a sua execução de forma permanente, sobretudo quando a sua descompressão não esteja dentro da esfera de possibilidade do autor. O crime permanente demanda do autor a possibilidade de, com sua ação, remover o estado antijurídico de lesão ao bem jurídico protegido pela norma. A norma jurídica no crime permanente pode ser desdobrada em dois imperativos: i) a proibição ou ordem mandamental para a realização de uma ação; e ii) a remoção do estado antijurídico decorrente do inadimplemento do primeiro imperativo.²⁰⁹

No desaparecimento forçado, a negativa em fornecer informação acerca da privação da liberdade da vítima é um estado permanente de afetação dos bens jurídicos objetos de tutela pela norma penal, fazendo com que a situação de desaparecida perdure no tempo. Nesse ponto, há de se frisar que a consumação da negativa ocorre no exato momento em que se descumpre a normativa interna de cada país que determina a comunicação das prisões para o respectivo controle judicial.

No entanto, a não comunicação importa num estado antijurídico permanente em que a pessoa desaparecida fica à margem da proteção legal. Ou seja, não se trata de um simples efeito permanente do delito, mas a sua própria consumação em curso. De acordo com o critério bifásico exposto acima, a continuidade da lesão ao bem jurídico somente cessará com a comunicação da privação ou do paradeiro da vítima.

A inação pode ser permanente, enquanto o bem jurídico é lesionado pela conduta omissiva geradora da lesão, cuja ação de comunicar a prisão atuaria como fator impeditivo da continuidade do dano. Tal conclusão é válida não só para os

²⁰⁷ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*: parte generale. 5. ed. Milani: cedam, 2007. p. 418 *apud* FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.175.

²⁰⁸ CAMPUS, *studi sul reato permanente*, Sassari, 1902, *apud* BETTIOLI, Giuseppe. *Diritto Penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 472

²⁰⁹ BETTIOLI, Giuseppe. *Diritto Penal*. Campinas: Red Livros, 2000. p. 472-473.

crimes de resultado, mas também para os crimes de mera conduta, tal como nos crimes de omissão de socorro ou de violação de domicílio na modalidade de permanência na casa alheia contra vontade expressa de seu titular,²¹⁰ uma vez que, nesses casos, segundo Roxin, a permanência reside na contínua falta de socorro ou na perene quebra da incolumidade domiciliar.²¹¹

A cessação da privação da liberdade ou o aparecimento da vítima com vida, igualmente, finalizam a consumação do delito, uma vez que, interrompida a lesão ao bem jurídico objeto de tutela, pela norma a pessoa deixa de estar desaparecida. No entanto, igual conclusão não se pode asseverar quando se trata de localizar os restos mortais da vítima como ato derradeiro da consumação do delito de desaparecimento forçado de pessoas, conforme asseverado pela Corte IDH. Os seguintes motivos podem ser alinhavados contra o posicionamento de que a localização dos restos mortais fixaria o fim do momento consumativo do desaparecimento forçado.

Primeiro, o delito é de desaparecimento forçado de pessoas. Logo, só pode ter como objeto material do crime uma pessoa. Não pode ser objeto material um ser vivo que não seja um ser humano, nem tampouco um objeto inanimado, como é o corpo já despojado de vida.

Embora suscite controvérsia, como se verá adiante, todas as posições que tentam identificar o bem jurídico tutelado pela norma penal do desaparecimento forçado de pessoas vinculam a valores pessoais tal como vida, liberdade, integridade pessoal, garantias processuais, personalidade jurídica, dignidade da pessoa humana, ou seja, um bem jurídico com centro gravitacional na pessoa humana. O próprio *nomen iuris* do delito refere-se ao desaparecimento de pessoas e não do corpo já sem vida. Nesse sentido, assevera Meini:

El concepto jurídico de desaparecido que aquí interesa no es sinónimo de desconocimiento del destino del sujeto, sino de desconocimiento de su localización en tanto sujeto a quien se le protege jurídicamente la

²¹⁰ Art. 135 – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa.

[...]

Art. 150 – Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena – detenção, de um a três meses, ou multa. BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

²¹¹ ROXIN, Claus. *Strafrecht*, AI, II, 2003, p. 634 *apud* TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 308-309.

personalidad. Una vez producida la muerte, lo único que puede permanecer desaparecido es el cadáver, pero ello, como se puede intuir, no es lo que protege la DFP. Por eso, la determinación de si el sujeto permanece con vida, o si por el contrario ha muerto y cuándo, repercute directamente en la consumación del delito de DFP.²¹²

Segundo, exigir do agente que informe a localização do corpo da vítima contraria o princípio que proíbe a autoincriminação como previstos na Constituição,²¹³ e na CADH,²¹⁴ uma vez que demandaria do sujeito ativo a confissão do crime de homicídio. Outrossim, em muitos casos, sequer é possível encontrar os restos mortais das vítimas em razão da sua completa destruição²¹⁵ ou a impossibilidade de sua localização. Nesse caso, refugiria da possibilidade do autor a remoção do estado de antijuridicidade criado pela ausência material do próprio corpo da vítima.

Nos casos em que não se achar o corpo da vítima, se chegaria ao absurdo de haver um estado permanente de consumação do crime, mesmo após o falecimento de todos os seus eventuais autores de forma indefinida no tempo, ou seja, crimes em consumação permanente por anos, décadas, séculos etc. Ademais, caso se

²¹² MEINI, Iván. *Perú In: AMBOS, Kai. Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional. Primeira edición.* Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 118.

²¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

²¹⁴ Artigo 8º – Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

²¹⁵ Cláudio Guerra, agente confesso do regime ditatorial brasileiro, descreve a preocupação em desaparecer com os corpos dos opositores políticos. Afirma, inicialmente, que fazia o intercâmbio de cadáveres entre Rio de Janeiro e São Paulo, mas que não teria sido suficiente para manter a discrição. Aduziu que o enterro em cemitérios clandestinos ou arremesso ao mar já eram técnicas conhecidas que não tinham a mesma eficácia que antes. Foi, então, que teria surgido a ideia de incinerar os corpos, não deixando nenhum vestígio, sendo utilizada a fornalha de alta potência da usina Cambahyba no Município de Campos Goytacazes/RJ. (GUERRA, Cláudio em depoimento a Marcelo Netto e Rogério Medeiros. Memórias de uma guerra suja do Rio de Janeiro: Topbooks, 2012. p. 50 et seq.

considere que o crime em comento permaneça em constante consumação, mesmo após a morte da vítima e enquanto não for localizado o seu corpo, será uma porta aberta para que desaparecimentos forçados, ocorridos há mais de 40 anos, possam ser incriminados pela aprovação de qualquer projeto de lei em curso no Congresso Nacional visando à tipificação do delito, em clara afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal incriminadora.

Com efeito, o encontro dos restos mortais da vítima, quando estiver disposto na legislação como fim do ato de permanência do delito, deve sofrer redução interpretativa para que seja considerado como um marco inicial do início do prazo prescricional. Significa dizer que a prescrição somente se inicia quando o corpo for localizado.

4.3 Bem jurídico

Toda norma penal tem seu bem jurídico, cuja correta identificação possui diversas funções, destacando-se, na análise do crime em comento, a exegética e a sistemática. Liberati atribui ao bem jurídico a função exegética como importante ferramenta para interpretação da norma penal em fixar os contornos e limites do alcance do tipo penal. Ademais, sob o aspecto sistemático, a identificação do bem jurídico tutelado pela norma possibilita o seu correto posicionamento topográfico na parte especial do Código Penal.²¹⁶ Além dessa função estritamente dogmática, imanente ao sistema, nas palavras de Hassemer, o bem jurídico pode exercer uma função crítica ao próprio poder punitivo estatal, que transcende ao sistema.²¹⁷

A Corte IDH reconhece, no desaparecimento forçado de pessoas, a violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana em que a vítima é colocada num estado de completa desproteção jurídica, possibilitando graves violações conexas, tais como a liberdade pessoal, a integridade pessoal, a vida e a personalidade jurídica.²¹⁸

²¹⁶ LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LIBERATI, Wilson Donizeti; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Orgs.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 174 e 175.

²¹⁷ GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004. p. 92.

²¹⁸ Caso Gelman *versus* Uruguai, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

A doutrina controverte ao identificar o bem jurídico objeto de tutela do desaparecimento forçado de pessoas. López Díaz assevera que é uma violação múltipla de diversos direitos, a saber: a) liberdade e segurança; b) de ser conduzido sem demora à autoridade judicial, de ser julgado dentro de um prazo razoável de acordo com o devido processo legal e de interpor recurso para controlar a legalidade de privação da liberdade; c) vida, já que, em regra, o desaparecimento forçado implica execução extrajudicial e ocultamento do cadáver; d) a dignidade da pessoa humana; e) a personalidade jurídica; e f) tratamento digno e garantia de não ser torturado nem ser submetido a outras penas cruéis, desumanas e degradantes. No entanto, a autora ainda afirma que o ordenamento jurídico colombiano incluiu o delito de desaparecimento forçado dentro do título que tutela a liberdade individual e outras garantias, com o objetivo de conferir especial relevância ao bem jurídico e liberdade contra detenções ilegais por agentes do Estado.²¹⁹

Meini, por outro lado, sustenta que o desaparecimento forçado de pessoas é dotado de autonomia suficiente para tutelar de forma específica uma lesão diferenciada que não encontra tutela nos demais tipos penais. Prossegue afirmando que, embora se deva reconhecer uma proteção em maior ou menor medida de bens jurídicos agasalhados por outras normais penais, tais como vida ou liberdade pessoal, não são esses os bens objeto de tutela de forma direta e imediata pelo desaparecimento forçado. Em apoio à sua tese, assevera que o bem jurídico vida não é objeto de tutela imediata, uma vez que a vítima pode aparecer viva e, mesmo assim, o crime ser consumido. O mesmo raciocínio é utilizado para negar a tutela específica e imediata à integridade física ou psíquica, já que o crime pode se consumir sem que a vítima seja torturada ou lesionada.²²⁰

Discorre que, apesar de todo o desaparecimento involuntário afetar em alguma medida a integridade psíquica da vítima, esse dano integra, em parte, o desvalor da própria incriminação do tipo penal, não tendo, todavia, autonomia. De forma similar, argumenta-se em relação à liberdade individual na modalidade ambulatorial, porque não se exige que a privação de liberdade seja ilegal ou arbitrária. Ela pode decorrer de um cumprimento de um mandado de prisão

²¹⁹ LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. Colombia. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 89

²²⁰ MEINI, Iván. *Perú* In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 118 et seq.

regularmente expedido pela autoridade judicial ou em razão de uma prisão em flagrante.

Desse modo, o bem jurídico tutelado no desaparecimento forçado seria a personalidade jurídica na modalidade que abarca o direito de se ter acesso a mecanismos legais de proteção da vítima, inclusive o devido processo legal, em face do descumprimento do dever de informar o seu paradeiro e a situação jurídica, subtraindo-lhe o direito de proteção judicial.

Galain Palermo defende que a busca do bem jurídico tutelado pelo desaparecimento involuntário deve ser dar um dois níveis, sendo o primeiro de natureza individual e um segundo de forma reflexiva para toda a sociedade, com afetação sobre interesses sociais, existência do Estado de Direito, ordem jurídica, humanidade etc. O primeiro nível de proteção relaciona-se à liberdade, à integridade pessoal e à vida. O segundo nível consistiria na capacidade pessoal de exercício dos direitos para salvaguardar os bens jurídicos do primeiro nível. Desse modo, é de interesse de toda coletividade o funcionamento normal da administração da justiça, que não pode ser anulada mediante a prática de desaparecimento forçado de pessoas.²²¹

Modolell González, inicialmente, critica a posição da Corte IDH que considera o desaparecimento forçado um ilícito pluriofensivo, mas justifica dizendo que a análise efetivada pelo organismo internacional cinge-se a delimitar quais direitos humanos específicos são afetados com a prática do desaparecimento forçado para fins de responsabilização do Estado, sem o compromisso com a dogmática penal.

Aduz o autor que o desaparecimento forçado de pessoas configura um crime de perigo abstrato em que a privação da liberdade seguida da negativa de informação do paradeiro da vítima e o impedimento do exercício do controle de legalidade da detenção representam um fato estatisticamente perigoso para os demais interesses relativos à integridade física, segurança pessoal e vida. Essa presunção de perigo, no entanto, é relativa, pois pode ceder mediante prova em contrário nos casos em que os autores da privação da liberdade garantam os demais direitos da vítima, em especial a vida e a integridade física do detido, ainda que não informem o seu paradeiro, inicialmente. Nesse caso, não obstante ilegal, não se configuraria o desaparecimento forçado de pessoas por ausência de aptidão

²²¹ GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 146.

para colocar em risco *ex ante* a vida, a integridade física e a segurança pessoal da vítima.²²² Haveria somente crime de sequestro.

O Direito Penal tem como escopo permitir a convivência livre e pacífica em sociedade, tutelando bens jurídicos indispensáveis para essa finalidade. Esse modelo, baseado no contrato social, funda-se na ideia de que os cidadãos transferem ao Estado o poder estritamente necessário para que essa convivência entre as pessoas ocorra de forma livre, assegurando-se os direitos fundamentais dos indivíduos. Com efeito, a concepção pessoal de bem jurídico, delineada por Roxin define bens jurídicos como “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, para realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades”.²²³

Cumprir asseverar que o modelo de bem jurídico do desaparecimento forçado defendido por Galain Palermo é o mais adequado de acordo com a perspectiva pessoal de bem jurídico, uma vez que vislumbra um nível primário de proteção de bens jurídicos individuais referentes à liberdade pessoal, à integridade e à vida da vítima. No entanto, num segundo plano, de natureza coletiva, consiste na capacidade pessoal de exercício dos direitos para salvaguardar os bens do primeiro nível. Desse modo, é de interesse de toda coletividade o normal funcionamento da administração da justiça, que não pode ser lesada mediante a prática de desaparecimento forçado de pessoas. Nesse sentido, há de se reconhecer a existência de bens jurídicos coletivos por estarem vinculados a bens jurídicos pessoais necessários para a livre convivência das pessoas em sociedade.

No caso do desaparecimento involuntário de pessoas, sobretudo no contexto largamente utilizado como instrumento de repressão aos opositores de regimes autoritários, a proteção penal visa resguardar prioritariamente a vida, a liberdade individual e a integridade pessoal contra detenções em desconformidade com o devido processo legal, execuções sumárias e torturas. No entanto, o ilícito em

²²² MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. La desaparición forzada de personas em el sistema interamericano de derechos humanos. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 185 et seq.

²²³ Essa noção de bem jurídico possui um caráter pessoal, na medida em que somente lesões ao cidadão ou aos seus pressupostos sociais, poderiam ser objeto de tutela jurídica penal. Observe-se que esse conceito pessoal possui graves consequências na existência e legitimidade dos bens jurídicos de natureza coletiva, uma vez que só poderiam ser objeto de tutela penal os bens jurídicos coletivos na medida em que sua lesão possa comprometer a possibilidade de livre desenvolvimento dos indivíduos (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 47 et seq.)

questão tem repercussão necessariamente vinculada ao funcionamento da administração da justiça por afastar a vítima da tutela da lei, notadamente no que concerne às garantias judiciais contra o arbítrio estatal, impedindo o controle de legalidade pelo poder judiciário dos atos levados a efeito pelas forças de segurança do Estado.

4.4 Elementos de contexto

A designação de atos atrozos como crimes contra a humanidade surgiu após a segunda guerra mundial. No entanto, a sua formulação remonta ao Direito Internacional Humanitário, na Convenção de Haia de 1907, a qual determinava a aplicação das leis da humanidade às pessoas que não estavam envolvidas na guerra diretamente, e que deveriam ser preservadas.²²⁴ Posteriormente, teve acolhida na Convenção de Londres, que instituiu o Tribunal de Nuremberg para julgar os crimes cometidos pelo regime hitlerista, inclusive os crimes contra a humanidade cometidos antes ou durante o conflito armado.²²⁵

A vinculação entre crimes contra a humanidade e a existência de um conflito armado persistiu no Estatuto do Tribunal Internacional da Iugoslávia,²²⁶ sendo que o

²²⁴ ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Crimes contra a Humanidade: Sistema internacional de repressão*. Rev. TST, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar 2009. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/6563/007_aragao.pdf?sequence=5>. Acesso em: 19 dez. 2016.

²²⁵ CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Disponível em <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf>.

Acesso em: 19 dez. 2016

²²⁶ Artigo 5º

Crimes contra a humanidade

O Tribunal Internacional terá competência para proceder contra as pessoas suspeitas de serem responsáveis pelos seguintes crimes, quando cometidos durante um conflito armado de carácter internacional ou nacional, e dirigidos contra a população civil, qualquer que ela seja:

- a) Assassínio;
- b) Extermínio;
- c) Redução à condição de escravo;
- d) Expulsão;
- e) Prisão;
- f) Tortura;
- g) Violação;
- h) Perseguições por motivos políticos, raciais e religiosos;
- i) Outros actos desumanos.

estatuto do Tribunal Internacional de Ruanda²²⁷ não exigiu a circunstância da deflagração de um conflito armado para a sua qualificação, mas, sim, em seu lugar, a presença dos elementos de contexto consistentes num ataque sistemático ou generalizado a uma população civil. Desse modo restou abandonada a ideia de vinculação da prática de crime contra a humanidade a um conflito armado, podendo ser cometido fora de situações de guerra declarada. O Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional e definiu os crimes contra a humanidade, acolheu, como elemento normativo, a presença dos elementos de contexto, desvinculando a presença da existência de um conflito armado.

Os elementos de contexto exigem, para a ocorrência de crimes contra a humanidade, a presença da circunstância de um ataque à população civil de forma sistemática ou generalizada, o que, por si, já confere um dano de larga escala. A expressão sistemática deve ser entendida como a adoção de uma estratégia por detrás do ataque, sob a forma de uma política de estado ou de determinadas organizações. A generalidade do ataque, por sua vez, é um elemento qualitativo que pressupõe um ataque de grande extensão, o qual só pode ser viabilizado pelo Estado ou pelas organizações com aparato suficiente para comportar um ataque em grande escala.

Os elementos de contexto são circunstâncias que qualificam determinados crimes como de lesa humanidade. No entanto, se presentes no preceito primário, podem funcionar como elementos objetivos do tipo, uma vez que especificam a

Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/tij-estatuto-jugoslavia.html>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

²²⁷

Artigo

3º

Crimes contra a humanidade

O Tribunal Internacional para o Ruanda tem competência para proceder contra os responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometido como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos:

- a) Assassínio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação;
- e) Prisão;
- f) Tortura;
- g) Violação;
- h) Perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos;
- i) Outros actos desumanos.

Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/tij-estatuto-ruanda.html>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

forma de execução do desaparecimento forçado.²²⁸ É o caso da previsão contida no Estatuto de Roma ao atribuir competência ao TPI para processar e julgar casos de desaparecimento forçado quando presente um ataque sistemático ou generalizado à população civil.

Com efeito, a noção do desaparecimento forçado, tanto na CIDFP como nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional não exige, para sua configuração, a presença dos elementos de contexto, mas que, se presentes, podem qualificá-lo como um crime contra a humanidade na ordem internacional.

4.5 Sujeitos ativo e passivo

O delito de desaparecimento forçado, como regra, pode ser cometido por agentes do Estado diretamente ou, de forma indireta, por intermédio de particulares com anuência, consentimento ou autorização estatal. A noção contida na CIDFP demanda uma qualidade especial do sujeito ativo para a realização do tipo penal, não podendo sê-lo por particulares sem qualquer vínculo com o aparelho estatal. Nesse sentido, trata-se de um crime próprio e, quando cometido por particulares, de concurso necessário.²²⁹

No entanto, o rol de possíveis autores sofreu alargamento pelo Estatuto de Roma ao permitir a sua execução por “uma organização política” sem nexos com o aparelho oficial do Estado, admitindo-se, por exemplo, a sua prática por grupos terroristas ou por grupos armados de oposição. O projeto de lei n. 6.240/2013 e projeto de lei do Senado n. 23.649 alargam ainda mais o rol dos sujeitos ativos, permitindo, ainda, que o crime seja cometido por grupo armado ou paramilitar sem qualquer vínculo com o Estado, ou que tenha qualquer cunho político.

No entanto, quando o crime de desaparecimento forçado se qualifica como um crime comum, com sujeição ativa ampla e irrestrita para os particulares sem qualquer vinculação ou nexos com o aparelho estatal, pode haver colisão com o princípio constitucional que proíbe o dever de autoincriminação, uma vez que os

²²⁸ Elementos objetivos do tipo são, segundo JESUS, “os que se referem à materialidade da infração, no que concerne à forma de execução, tempo, lugar etc. São também chamados de descritivos” (JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 312)

²²⁹ ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas e o direito penal brasileiro In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 34-35.

particulares não tem o dever legal de prestar informações, não podendo ser equiparados a agentes garantidores. Quando assim ocorresse, não se estaria tratando de crime de desaparecimento forçado, mas, sim, de crime de sequestro.²³⁰

Sob o aspecto da sujeição passiva, qualquer pessoa pode ser vítima do desaparecimento forçado, não havendo necessidade que o delito seja cometido contra mais do que uma única pessoa.

4.6 Elemento subjetivo

Os tipos penais podem ser simétricos quando o elemento subjetivo se esgota no dolo ou assimétricos quando são exigidos outros elementos que não sejam somente a realização do tipo objetivo. São os elementos subjetivos distintos do dolo, que se subdividem em dois. Os tipos de tendência interna peculiar e os tipos de tendência transcendente ou excessiva. Os primeiros se realizam com uma tendência interna do agente que não se manifesta de forma integral. Os tipos de tendência interna transcendente se caracterizam quando a vontade do agente vai além do querer do tipo objetivo.²³¹

O delito de desaparecimento forçado de pessoas só pode ser cometido na modalidade dolosa. Discutível se é necessário um especial fim de agir para a sua configuração. O Estatuto de Roma exige que o agente tenha o propósito de negar à vítima a proteção da lei por um prolongado período de tempo. Por outro lado, a CIDFP, o projeto de lei n. 6.240/2013 e o projeto de lei do Senado n. 23.649 de 2012 não fazem alusão a objetivo de retirar a vítima da esfera da proteção legal por um período prolongado como elemento subjetivo do injusto.

Com efeito, a finalidade específica de subtrair a vítima do amparo da lei não é elemento essencial para a caracterização do desaparecimento forçado, mas, sim,

²³⁰ Assim posiciona-se LÓPEZ DÍAZ ao afirmar que “En principio, esta ampliación del sujeto activo resulta atractiva pero trae el inconveniente principal de que a los particulares no se les puede obligar, como sí a los agentes o servidores públicos, a dar información sobre la retención de una persona, pues no tienen el deber constitucional ni legal de dar información ni de autoincriminarse. Por tanto, cuando esos particulares privan de la libertad a otra u otras personas y la ocultan sin dar razón de su paradero, cometen el delito de secuestro y no el de desaparición. De lo contrario, llegaríamos a imputar el delito de desaparición forzada en casos tan absurdos como, por ejemplo: cuando A, novio de B, la priva de la libertad encerrándola en un armario y cuando lo llama C — mamá de la novia — para preguntar por el paradero de B, A le manifiesta que no sabe dónde se encuentra.” LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. Colombia. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edição. Bogotá: Temis S. A., 2009. p. 89

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 437-438.

uma consequência da sua ocorrência. No entanto, caso o especial fim de agir seja incluído como elemento subjetivo do injusto distinto do dolo, a sua ausência implicará na atipicidade da conduta para o crime de desaparecimento forçado.

4.7 Noções sobre o crime de sequestro

O sequestro, entendido como privação indevida da liberdade de alguém, é uma constante em todas as sociedades de todas as épocas desde os tempos primitivos, cujos objetivos são dos mais variados, tais como a obtenção de recompensas ou para financiar guerras, sendo inclusive citado como uma das causas da Guerra de Tróia, pelo rapto da personagem Helena, no poema *Íliada* de Homero.²³²

Desde os tempos antigos, a privação da liberdade de pessoas era uma das consequências da guerra, principalmente como uma forma de dominação, sendo apontada, inclusive como uma das origens da escravidão. O império romano usava o sequestro como estratégia de política interna para erradicar rebeliões, sendo comum o sequestro de vilas inteiras para recambiamento de seus habitantes para outros países e regiões.²³³

Na legislação brasileira, o cárcere privado recebeu tipificação desde o Código Criminal de 1830,²³⁴ dentro do título relativo aos crimes contra a liberdade individual. O Código Penal de 1890,²³⁵ dentro do capítulo dos crimes contra a liberdade individual, repetiu a incriminação do cárcere privado, utilizando, pela primeira vez, a

²³² OUTEIRO, Marina Pereira. *Divina entre as mulheres: Helena de Tróia e a mulher do bronze recente (1580-1100 a.C)* Revista Historiador, n. 4. Ano 04. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.historialivre.com/revistahistoriador>. Acesso em: 25 dez. 2016.

²³³ JIMÉNEZ ORNELAS, René A. e GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos* Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

²³⁴ Art. 189. Prender alguém em carcere privado, ainda que haja autoridade, ou ordem competente para se ordenar, ou executar a prisão.

Penas – de prisão por quinze dias a tres mezes: nunca, porém, por menos tempo do que o da prisão do offendido. BRASIL. Código Criminal de 1830. Lei 16 de dezembro de 1830.

²³⁵ Art. 181. Privar alguma pessoa da sua liberdade, retendo-a por si ou por outrem, em carcere privado, ou conservando-a em seqüestro por tempo menor de 24 horas:

Penas – de prisão cellualar por dous mezes a um anno.

§ 1º Si a retenção exceder desse prazo:

Penas – de prisão cellualar por seis mezes a dous annos.

§ 2º Si o criminoso commetter o crime simulando ser autoridade publica ou usando de violencia:

Penas – a mesma, com augmento da terça parte. BRASIL. Código Penal de 1890. Decreto 847 de 11 de outubro de 1890.

expressão “sequestro”. Para Romeiro,²³⁶ o cárcere privado é gênero que abrange as figuras de detenção e sequestro. A detenção, na visão do citado autor, ocorreria quando se impede alguém de sair de um lugar certo e determinado. Por outro lado, o sequestro consistiria em conservar a vítima em um local solitário e ignorado, com poucas chances de a vítima obter ajuda com seus próprios recursos.

No entanto, majoritário o entendimento esposado por Hungria no sentido de que o sequestro é gênero, podendo assumir a forma de cárcere privado, quando a vítima além de ter restringida sua liberdade de ir e vir, está confinada num local de pequenas proporções, deixando-a numa situação de enclausuramento.

O Código Penal atual, por sua vez, manteve, na seção de crimes contra a liberdade individual, a mesma redação nuclear do Código de 1890, majorando-se a pena e incluindo a sua forma qualificada em determinadas situações.²³⁷

O crime de sequestro tutela a liberdade pessoal, notadamente a liberdade ambulatorial de ir e vir do indivíduo e de escolher onde deseja permanecer. Consiste na impossibilidade de a vítima se afastar do local em que o agente a colocou sem grave perigo pessoal. A liberdade sob a proteção é resguardada no seu sentido pessoal, não importando o fato de a pessoa querer efetivamente manifestá-la. O critério de violação é exclusivamente objetivo, já que a sua violação ocorre com a simples eliminação da possibilidade de manifestação de vontade da vítima, ou seja, viola-se a liberdade, ainda que a vítima não tome conhecimento de que seu direito de ir e vir esteja sendo atingido.²³⁸

É um crime comum, não se exigindo qualquer qualidade especial do sujeito ativo ou passivo, inclusive dispensando-se a livre capacidade de entendimento ou de

²³⁶ ROMEIRO, J. M. M. Dicionário de Direito Penal, 1905 *apud* HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. VI. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1980. p. 192.

²³⁷ Art. 148 – Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado:

Pena – reclusão, de um a três anos.

§ 1º – A pena é de reclusão, de dois a cinco anos:

I – se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos;

II – se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital

III – se a privação da liberdade dura mais de quinze dias.

IV – se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos;

V – se o crime é praticado com fins libidinosos.

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

Pena – reclusão, de dois a oito anos. BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

²³⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 449

autodeterminação da vítima ou possibilidade de sua locomoção por via própria.²³⁹ Outrossim, a sua forma de execução é livre, ou seja, pode-se dar mediante qualquer conduta que prive a liberdade da vítima, seja pelas vias física, moral ou fraude, inclusive na modalidade omissiva, quando alguém que se encontrava legalmente retida deixa de ser liberada, após cessado o motivo da retenção.

O elemento subjetivo do crime de sequestro ou cárcere privado é o dolo consistente na vontade livre dirigida a privar de forma ilegítima a liberdade da vítima. Não exige a lei nenhuma finalidade específica, podendo ocorrer por inveja ou raiva. No entanto, por se tratar de crime subsidiário, se há o *animus* de obtenção de vantagem indevida, haverá o crime de extorsão mediante sequestro.

É um crime material, que se consuma quando a vítima é despojada da sua liberdade²⁴⁰ e, enquanto não cessada essa circunstância, não se encerra o ciclo consumativo.

4.8 Impossibilidade de equiparação do período consumativo entre os crimes de sequestro e desaparecimento forçado de pessoas

Em razão da ausência da previsão típica do desaparecimento forçado, a persecução penal no Brasil imputa a agentes do regime repressivo que privaram de forma ilegítima a liberdade de opositores do regime, os quais até hoje estão desaparecidos, o crime de sequestro qualificado por maus tratos pela imposição de grave sofrimento físico e moral. Sustentou-se que, enquanto a vítima não aparecer viva ou não se souber o seu paradeiro, o crime de sequestro estaria em consumação. A presente técnica de imputação equiparou, por via oblíqua, o desaparecimento forçado ao crime de sequestro qualificado, com a interpretação de que ambos possuem o mesmo período de tempo e forma de consumação, com consequência direta e imediata de afastar a discussão sobre sua qualificação como

²³⁹ Ibidem, p. 449

²⁴⁰ Há divergência se para a consumação é necessário um tempo de privação de liberdade mais ou menos longo. BITTENCOURT defende que a privação de liberdade tenha duração, pois se for por um curto período haverá tentativa de sequestro ou constrangimento ilegal (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 451). Por outro lado, FRAGOSO dispensa a necessidade de um longo tempo de duração para a configuração do delito (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. V. 1. 3. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 246 Apud MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V. 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 190).

crime contra a humanidade e de eventual aplicabilidade dos institutos da anistia e da prescrição.

Ressalte-se que esse entendimento se apoiou na interpretação realizada pelo STF nos pedidos de extradição 974-0 e 1.150, a qual foi seguida nos pedidos de extradição 1.278 e 1.299 dos anos de 2012 e 2013, respectivamente. Desse modo, atualmente, adotaram a tese de que o crime de sequestro se protraí no tempo enquanto as vítimas não aparecerem vivas ou não se saiba o paradeiro de seus corpos os cinco dos 11 Ministros que compõem a corte, a saber: Gilmar Mendes, Carmén Lúcia, Ricardo Lewandowski, Luix Fux, Dias Toffoli e Teori Zavascki.²⁴¹

Em que pese o fato de ambos os delitos terem forma de execução, pelo menos sob o ponto de vista inicial, parecidos, uma vez que começam com a privação da liberdade da vítima, todos os demais aspectos dogmáticos do sequestro e do desaparecimento forçado de pessoas são absolutamente diferentes, impossibilitando a equiparação pretendida.

Os bens jurídicos tutelados são distintos. O crime de desaparecimento forçado de pessoas é pluriofensivo, uma vez que se protege a liberdade individual, a integridade, a personalidade, a vida e o sistema de administração da justiça. Em contrapartida, o sequestro tutela exclusivamente a liberdade individual sob o aspecto ambulatorial, no direito de ir e vir.

O desaparecimento forçado de pessoas é, em regra, crime próprio que exige do autor a qualidade especial de agente público ou particular que atua com autorização, consentimento ou anuência do aparelho estatal. O crime de sequestro é um crime comum não se exigindo do sujeito ativo qualquer particularidade.

O elemento subjetivo do tipo no desaparecimento forçado é o dolo, cuja consequência é deixar a vítima fora da margem de proteção legal, que, se estiver incluída como propósito do agente no tipo penal, será considerado como um tipo de tendência interna transcendente. O sequestro não exige qualquer finalidade que não seja a vontade dirigida para realizar a privação da vítima.

O desaparecimento forçado, quando presentes os elementos de contexto, quais sejam, a sua realização no âmbito de um ataque sistemático ou generalizado à população civil, é qualificado como um crime internacional de lesa humanidade cuja construção histórica remonta ao final da segunda guerra mundial. O sequestro é um

²⁴¹ Ressalte-se que a vaga do Min. Teori Zavascki encontra-se aberta em razão de seu falecimento.

crime ordinário, previsto, no ordenamento brasileiro, desde o primeiro Código Criminal e voltado à criminalidade comum.

O desaparecimento forçado de pessoas pressupõe a existência de duas fases, sendo a primeira iniciada com a privação da liberdade da vítima e a segunda de fechamento do ciclo de consumação com a negativa de informações sobre o seu paradeiro, ocasião em que se pode considerar a pessoa desaparecida. Nesse ponto, cumpre realçar que a omissão em fornecer informações é o núcleo essencial do desaparecimento forçado, haja vista que importa num descumprimento de um dever extrapenal decorrente de função pública desempenhada de forma concreta pelo sujeito ativo. A consumação do desaparecimento forçado perdura enquanto a vítima esteja privada de liberdade sem qualquer notícia de seu paradeiro, cessando o estado consumativo com o seu aparecimento com vida ou com o evento morte. Não se pode aceitar o entendimento exarado pela Corte IDH de que a morte da vítima não é o suficiente para interromper o ciclo consumativo e que a sua consumação não cessa enquanto não forem encontrados seus restos mortais.²⁴²

O crime de sequestro, por outro lado, é permanente cuja consumação se protraí no tempo por todo o período que a liberdade da vítima é indevidamente restringida. Nesse sentido, assevera Bitencourt que “[...] essa fase do *iter criminis* alonga-se no tempo, perdurando enquanto a vítima permanecer privada de sua liberdade. Enquanto a vítima não for restituída à liberdade, não se encerrará a consumação, podendo, inclusive o sujeito ativo ser preso em flagrante”.²⁴³

O crime de sequestro tutela o bem jurídico liberdade ambulatorial do indivíduo, que não é destrutível, sofrendo apenas compressão pelo impedimento do exercício de direito de ir e vir. Logo, findo o processo de compressão da liberdade ambulatorial, cessado estará o crime de sequestro. A liberdade da vítima pode ocorrer mediante ato do próprio agente, quando a liberta ou por ato alheio a sua vontade, quando, por exemplo, a vítima escapa.

No entanto, como pressuposto lógico e necessário para a norma penal tutelar a liberdade ambulatorial é a existência do centro de onde se irradia esse direito de locomoção. Em outras palavras, somente se tutela a liberdade individual de pessoas vivas. Com efeito, estender a consumação do crime de sequestro ou cárcere privado

²⁴² Conferir item 4.2

²⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 452

até o momento em que foram encontrados os restos mortais da vítima dilata, de forma indevida, o âmbito de proteção da norma penal para além do bem jurídico objeto de tutela.

O crime de sequestro não visa proteger a informação sobre a localização dos restos mortais de alguém, havendo inclusive um tipo específico para conduta de ocultação de cadáver,²⁴⁴ o qual se tutela o sentimento de respeito aos mortos.²⁴⁵ Em relação ao crime de ocultação de cadáver, enquanto não localizado o corpo, o crime está em permanente consumação, uma vez que o bem jurídico objeto de tutela está sendo permanentemente lesionado.²⁴⁶

Pelo critério bifásico dos crimes permanentes, há a norma proibitiva de privar indevidamente a liberdade de alguém seguida pelo imperativo de remover o estado antijurídico decorrente do inadimplemento da norma proibitiva em retro. Dito de outro modo, enquanto o agente não remover o estado antijurídico criado pela supressão da liberdade da vítima, o sequestro estará em execução e consumação. Ocorre que, se a vítima morreu enquanto privada de sua liberdade, não há mais como o estado antijurídico relativo à privação da liberdade ser removido pelo autor do delito.

O sequestro encerrará o ciclo de consumação no exato momento em que a vítima vier a óbito. Se o cadáver da vítima for ocultado, incorrerá o seu autor no crime do art. 211 do Código Penal, o qual estará em consumação enquanto não localizado os seus restos mortais, em concurso material com o crime de sequestro. Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que manteve condenação de agente por crime de extorsão mediante sequestro com resultado de morte em concurso material com o crime de ocultação de cadáver.²⁴⁷

²⁴⁴ Art. 211 – Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele:

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa. BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

²⁴⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V. 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 406.

²⁴⁶ RECURSO ESPECIAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DELITO PERMANENTE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

I – O crime previsto no art. 211 do Código Penal, na forma ocultar, é permanente. Logo, se encontrado o cadáver depois de atingida a maioridade, 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).

[...]

Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 900.509/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/6/2007, DJ 27/8/2007, p. 287)

²⁴⁷ *HABEAS CORPUS*. PENAL. OCULTAÇÃO DE CADÁVER E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA PELO RESULTADO MORTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO

Cumprе ressaltar que eventual prova da morte é uma questão relativa à teoria geral da prova no processo penal e que refoge os estreitos limites dessa dissertação. No entanto, é irrazoável considerar vivas as vítimas de sequestros pelas forças de segurança no contexto da repressão política empreendida pelo governo ditatorial por fatos ocorridos há mais de 40 anos sem que delas se tenha qualquer notícia.

Ademais, com o retorno do regime democrático há mais de três décadas, não há possibilidade material ou jurídica para que, na atual quadra, existam centros clandestinos de detenção para o qual as vítimas de sequestro do referido período tenham sido encaminhadas e que lá se encontrem até hoje. Há de se recordar que a própria Corte IDH já presumiu a morte de pessoas desaparecidas no contexto de ditaduras militares latino-americanas quando passados sete anos²⁴⁸ e seis anos,²⁴⁹ respectivamente, do desaparecimento sem notícias do paradeiro das vítimas.

Cumprе ressaltar que o entendimento em considerar a permanência atual dos crimes de sequestro imputados aos agentes das forças de segurança no Brasil leva a outra consequência processual até o momento não considerada pelo órgão de acusação e pelos juízos que tenham recebido as respectivas acusações criminais, no tocante à existência de flagrante delito. Enquanto não cessada a consumação do delito crime de sequestro, o agente deve ser preso em flagrante delito.²⁵⁰ Com

LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REGIME INTEGRAL FECHADO. MODIFICAÇÃO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PROGRESSÃO DE REGIME CONCEDIDA. CARÊNCIA DE OBJETO NESSE PONTO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO RESTANTE, DENEGADO.

[...]

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nas circunstâncias do crime, perpetrado contra jovem de apenas dezenove anos de idade que permaneceu preso durante três meses em um buraco cavado na terra, suportando inimaginável sofrimento. Ademais, a exacerbada culpabilidade do réu é suficiente para agravar a reprimenda, tendo em vista que mesmo após o pagamento do resgate acordado, matou a vítima de forma fria com dois tiros na cabeça, enterrando seu corpo que só foi encontrado muito tempo depois, em avançado estado de putrefação.

[...]

(HC 168.451/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2012, DJe 17/4/2012)

²⁴⁸ Caso Velasquéz Rodríguez vs. Honduras, sentença de mérito. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁴⁹ Caso Godínez Cruz *versus* Honduras, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

²⁵⁰ *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO QUALIFICADO E SEQUESTRO. ALEGAÇÃO DE INEXISTIR FLAGRANTE. IMPROCEDÊNCIA. O DELITO DE SEQUESTRO E CÂRCERE PRIVADO SÃO CRIMES PERMANENTES, CUJA CONSUMAÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO. REQUISITOS DA CUSTÓDIA PREVENTIVA PRESENTES. FUGA DO RÉU.

Não há de se falar em inexistência de flagrante em razão do caráter permanente dos delitos de sequestro e cárcere privado.

efeito, o órgão de acusação, ao se deparar com o estado de flagrância, tem o dever de providenciar junto à autoridade policial a prisão em flagrante²⁵¹ do responsável pelo fato delituoso ou, quando do oferecimento da denúncia, requerer a prisão preventiva do acusado,²⁵² o que não ocorreu em nenhum caso em curso no Brasil. Igual providência deve adotar o Juízo que recebe a denúncia com base no entendimento acima, não podendo quedar-se inerte sobre fatos criminosos sob a sua apreciação que estão com a consumação em curso.

A estrutura típica, o bem jurídico tutelado, o sujeito ativo, o elemento subjetivo, a formação histórica e a qualificação como crime contra a humanidade do delito de desaparecimento forçado de pessoas são essencialmente distintos do crime do sequestro, não podendo ser igualada, sem qualquer juízo crítico, a duração do momento de consumação de ambos os delitos com o objetivo de possibilitar a persecução penal de fatos ocorridos há mais de 40 anos. Se está correta a assertiva de que graves violações contra os direitos humanos merecem uma resposta estatal adequada, não menos incorreto asseverar que o Direito Penal deve ser manejado dentro dos limites do princípio da legalidade em observância da correta interpretação dos tipos penais objeto da imputação.

Há de se mencionar que, embora atualmente cinco ministros do STF tenham expressamente adotado a tese de que o crime de sequestro não cessa enquanto a vítima não aparecer com vida ou enquanto não se saiba seu paradeiro, o fizeram exclusivamente na análise da exigência da dupla incriminação e sobre a existência

Afiguram-se presentes os requisitos para a manutenção da custódia cautelar, mormente havendo nos autos notícia de que o paciente foi resgatado da Delegacia de Polícia onde se encontrava custodiado.

Ordem denegada.

(HC 17.611/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2001, DJ 25/2/2002, p. 417)

²⁵¹ Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

²⁵² Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

da prescrição da pretensão punitiva à luz da legislação brasileira, quando, então, foram dadas autorizações judiciais para extradição. Além disso, em nenhum dos votos houve manifestação expressa de que a morte da vítima não seria causa interruptiva do processo permanente de consumação do delito de sequestro, mas apenas a consideração de que, enquanto não localizados seus corpos, suas mortes não poderiam ser presumidas. Logo, caso venha a apreciar as ações penais em curso no Brasil, o STF poderá reavaliar o entendimento à luz da dogmática penal, não se vinculando à análise realizada para fins extradicionais.

Nada impede, portanto, que na apreciação criminal de casos concretos, a morte das vítimas sequestradas durante o regime militar seja fixada no tempo, assentando a cessação do delito e o início do prazo prescricional. Ademais, há de se recordar que compete ao Superior Tribunal de Justiça fixar a interpretação da lei federal,²⁵³ incluído o tipo penal de sequestro, não havendo ofensa direta à Constituição para que seja objeto de Recurso Extraordinário para o STF.²⁵⁴

Após décadas, o uso simbólico do Direito Penal para processar agentes octogenários da ditadura, sobretudo fora dos limites interpretativos dos tipos penais, acarretando alongada discussão ainda em fase de recebimento de denúncia, é ter a certeza de que a sentença que se sobrevirá será extintiva da punibilidade pela morte do agente em nada acrescentando para a prevenção ou repressão efetiva contra o desaparecimento forçado de pessoas.

A melhor resposta penal contra os crimes cometidos durante o regime militar ocorrerá de forma prospectiva no âmbito normativo, com a tipificação do delito

²⁵³ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

[...]

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

²⁵⁴ O recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público contra decisão do Tribunal Regional Federal no *Habeas Corpus* n° 0068063-92.2012.4.01.0000/PA, que trancou a ação penal em face de Sebastião Curió Rodrigues de Moura, então, Major do Exército, não foi admitido na origem. Disponível em <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=TRF1&proc=680639220124010000&pg=1>. Acesso em: 12 jan. 2017.

O recurso especial interposto contra a mesma decisão citada foi admitido e tramita no Superior Tribunal de Justiça. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/certidao/emitir?certidaoTipo=andamento&acao=emitir&num_registro=201502672844. Acesso em: 12 jan. 2017.

forçado de pessoas na esteira dos principais diplomas internacionais, com a indicação de seu caráter imprescritível²⁵⁵ ou apontando como marco inicial da prescrição o aparecimento da pessoa com vida ou a localização de seus restos mortais como medida efetiva para se evitar a impunidade dos seus autores para que as próximas gerações tenham um arsenal normativo disponível e adequado para uso, caso seja necessário.²⁵⁶

²⁵⁵ Há controvérsia doutrinária se norma infraconstitucional poderia ampliar os casos de imprescritibilidade para além das hipóteses previstas constitucionalmente, que são os crimes de racismo os cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra ordem constitucional e o Estado Democrático. TRIPPO entende que essas hipóteses são taxativas, sendo inconstitucional a extensão da imprescritibilidade para outros crimes (TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 94).

No entanto, plausível o entendimento de que a Constituição somente estipulou os crimes que necessariamente são imprescritíveis, podendo a legislação ordinária fixar outros casos de imprescritibilidade, inexistindo uma garantia constitucional de prescrição para o criminoso (MARX, Ivan Claudio. *Justiça de Transição: Necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014, p. 250).

²⁵⁶ Cumpre ressaltar que semelhante disposição que impede o início do prazo prescricional enquanto o crime não tenha sido descoberto já possui previsão no art. 111, IV do CPP para os crimes de bigamia e de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça de transição pode ser tratada como um conjunto de atos levados a efeito pelos órgãos públicos e sociedade civil com vistas a edificar a paz sustentável depois de um grave conflito marcado por sucessivas violações aos direitos humanos. No processo de sua genealogia, o Brasil se aproxima mais da segunda fase em que a responsabilização individual é transcendida para se atingir a paz, com o resgate do passado de forma reunificadora como condição necessária para cicatrizar as feridas abertas.

O objetivo da justiça transicional é assentado em quatro obrigações estatais, a saber: 1) investigar, processar e punir agentes violadores; 2) revelar a verdade sobre o ocorrido no passado; 3) fornecer reparações às vítimas; e 4) depurar e reformar instituições responsáveis pelos abusos, promovendo a reconciliação. Com efeito, as bases da justiça de transição estariam ancoradas num tripé composto pela verdade, responsabilização e paz.

Se para o historiador a busca de uma verdade é resultado da subjetividade como integrante do próprio saber em construção, o mesmo não se pode afirmar do uso do Direito Penal para se restabelecer uma verdade oficial, cujo resultado pode escamotear os seus objetivos. Factível que ações penais tardias redundarão em absolvições por falta de provas, servindo de um atestado laureado pelo manto da coisa julgada em que um reconhecido e assumido perpetrador passará para *status* de "inocente".

Esses questionamentos não diminuem a legitimidade do Direito Penal para apurar e punir agentes estatais que cometeram crimes durante a ditadura militar dentro do devido processo legal. O arsenal criminal disposto pelo Estado pode e dever ser acionado em tais casos como decorrente do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, destituída, entretanto, de expectativa de política criminal para o qual não é vocacionado, sobretudo no que toca à busca de uma verdade história e à imputação de responsabilidades em toda sua extensão e profundidade, necessária para a promoção da paz.

A partir de meados do século passado, o desaparecimento forçado de pessoas foi galgado a um patamar de destaque como uma das principais e mais agressivas formas de repressão utilizada nas ditaduras latino-americanas. A comunidade internacional, sobretudo dentro dos sistemas global e interamericano de

proteção aos direitos humanos, envidou inúmeros esforços na prevenção e na repressão dessa prática, sendo relevante citar, como principais instrumentos internacionais: a Declaração das Nações Unidas sobre a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado; a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas; o Estatuto de Roma e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra os Desaparecimentos Forçados.

Em que pese atualmente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estar consolidada sobre essa grave forma de violação de direitos humanos, foi possível observar uma grande evolução acerca dos bens jurídicos objeto de tutela pelo desaparecimento forçado, presunção de mortes das vítimas e o tempo de duração do delito em comento.

O processo de tipificação do desaparecimento forçado teve grande acolhida, após os regimes ditatoriais, em diversos países latino-americanos, tendo a comunidade internacional desempenhado relevante papel nesse desenho normativo mediando a celebração de diversos compromissos internacionais. Não se pode, no entanto, concluir acerca da existência de um mandado de criminalização do desaparecimento forçado, pois, embora se possa exigir que determinados bens jurídicos sejam tutelados pelo Direito Penal, o legislador tem a liberdade de conformação nessa proteção, não havendo o que se falar, na atual quadra, acerca da existência de um déficit de proteção normativa penal para o sequestro, detenção arbitrária, tortura, homicídios e ocultação de cadáver.

No caso da persecução penal no Brasil, foi realizada, em alguns casos, a imputação do crime de sequestro qualificado, utilizando a interpretação de que enquanto não se souber o paradeiro da vítima, o delito estaria em permanente estado de consumação. Com isso, a consequência direta e imediata foi a de afastar qualquer tese relativa à incidência da prescrição ou da anistia. Essa tese equipara, de forma acrítica, o desaparecimento forçado de pessoas ao crime de sequestro, uma vez que majoritariamente tem-se entendido que o fim da consumação do desaparecimento ocorre somente no instante em que a vítima aparecer viva ou caso sejam encontrados os seus restos mortais.

A estrutura típica, o bem jurídico tutelado, o sujeito ativo, o elemento subjetivo, a formação histórica e a qualificação como crime contra a humanidade do delito de desaparecimento forçado de pessoas são essencialmente distintos do

crime do sequestro, não podendo ser igualada a duração do momento de consumação de ambos os delitos com o objetivo de possibilitar a persecução penal de fatos ocorridos há mais de 40 anos.

O uso simbólico do Direito Penal para processar um número ínfimo de agentes da ditadura militar brasileira, que atualmente contam com mais de 80 anos de idade, não auxilia no processo de responsabilização, resgate do passado e reunificação para o futuro. Uma justiça tardia de transição, que se vale do Direito Penal sem qualquer efetividade, corre o risco de abrir feridas que até então estavam em processo de cicatrização.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo. Verdade e justiça na transição política brasileira. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Crime de desaparecimento forçado de pessoas e o direito penal brasileiro. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

AMBOS, Kai. O marco jurídico da justiça de transição. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. In: AMBOS Kai; ZILLI, Marcos et al. (Org.). *Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2010.

_____; BÖHM, María Laura. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo: Análisis comparativo-internacional y propuesta legislativa. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

_____. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGENTINA, Ley 26.200. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123921/norma.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso: 26 dez. 2016.

_____. *Comission nacional sobre la desaparición de personas*. Nunca mas. 4a edición. Buenos Aires: Eudeba, 1998.

ANGIONE, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano: Giuffrè. p. 166. *apud* PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 61.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAGÃO, Eugênio José Guilherme de. *Crimes contra a Humanidade: Sistema internacional de repressão*. Rev. TST, Brasília, v. 75, n. 1, jan/mar 2009.

ARTHUR, Paige. *Como as transições reconfiguraram os direitos humanos: Uma histórica conceitual da justiça de transição*. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de*

transição: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

ONU. Assembleia Geral. Resolução A/RES/47/133, de 18 de dezembro de 1992.

_____. Assembleia Geral. Resolução 33/173 adotada na 90ª plenária da 33ª Sessão, em 20 de dezembro de 1978.

_____. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos; trad. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. – Lisboa: Comissão para as Comemorações do 50º Aniversário da Declaração Universal, 2001. p. 4 et seq. Disponível em <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/ficha6.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010). Disponível em: ["http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 1º dez. 2015.

BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. International Human Rights Law Institute, 2007. Disponível em <https://law.depaul.edu/about/centers-and-institutes/international-human-rights-law-institute/projects/Documents/chicago_principles.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. V. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Nota introdutória. In: DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. *Justiça de Transição no Brasil*: Direito, responsabilidade e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*, I. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro II*, I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da Teoria do Bem Jurídico no Direito Penal atual. In: *Revista Liberdades* – n. 1 – maio-agosto de 2009. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. V. 2. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 23 nov. 2016.

_____. Código Penal: Decreto-Lei n. 2.828 de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1941.

_____. Código Criminal de 1830. Lei n. 16 de dezembro de 1830.

_____. Código Penal de 1890. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890.

_____. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014. – Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF: Senado, 1988. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010). Disponível na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Decreto 8.766, de 11 de maio de 2016. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, firmada pela República Federativa do Brasil, em Belém, em 10 de junho de 1994. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8766.htm. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Decreto Legislativo 112, de 2002 aprova o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2002/decretolegislativo-112-6-junho-2002-391904-estatuto-1-pl.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

_____. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Decreto Legislativo n. 661 de 1 de setembro de 2010 aprova o texto da Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado, assinada em Paris, em 6 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2010/decretolegislativo-661-1-setembro-2010-608269-publicacaooriginal-129350-pl.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Decreto 8.767, de 11 de maio de 2016 que promulga a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, firmada pela República Federativa do Brasil em 6 de fevereiro de 2007.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8767.htm>. Acesso em: 14 dez. 2016.

_____. Decreto n. 678/1992, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: mortos e desaparecidos políticos*. V. 3. Brasília: CNV, 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 17.611/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2001, DJ 25/2/2002, p. 417.

_____. HC 168.451/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2012, DJe 17/4/2012

_____. REsp 900.509/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 27/8/2007, p. 287.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ext 1293, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/6/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13/8/2013

_____. Ext 1145, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2008, DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009 EMENT V. 02350-01 PP-00019 LEXSTF v. 31, n. 363, 2009, p. 339-361 RTJ V. 00209-03 PP-01005

CAMPUS, *studi sul reato permanente*, Sassari, 1902, apud BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Campinas: Red Livros, 2000.

CHILE, Ley 20.357. Disponível em <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1004297>>. Acesso em: 13 dez. 2016

_____. *Informa de la Comision Nacional de Verdad y Reconciliacion*, Reedición. Diciembre 1996

COLÔMBIA. Carta Política da Colômbia. Disponível em <http://www.bibliotecajuridica.com.co/CA_POL.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CORNELIUS, Kai. Vom spurlosen verschwindenlassen zur bernachrichtigungspflicht beifestnahmen. Berlim: Berliner wissenschafts-verlag, 2006 Apud AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. *O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa* In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 54.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 213 de 2005. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 23 dez. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. 1969. Referência obtida na base de dados: PGE/SP, 2015. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Velasquez Rodríguez versus Honduras, sentença de mérito. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2221caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Godínez Cruz versus Honduras, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Caballero Delgado e Santana versus Colômbia, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Blake versus Guatemala, sentença de mérito. Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/interamericano/2229caso.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Trujillo Oroza versus Bolívia, sentença de reparação. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_92_esp.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Radilla Pacheco versus México versus Bolívia, sentença de mérito.. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Gomes Lund e outros versus Brasil, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

_____. Caso Gelman versus Uruguai, sentença de mérito. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_2188_por.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2016.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67 *Apud* PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FAYET JÚNIOR, Ney. *Do crime continuado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

FEMENICK, Tomislav R. Em busca da verdade histórica. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Norte – IHGRN* V. 90 – Anos 2013 /2014. Natal: Departamento Estadual de Imprensa, 2015. Disponível em <<http://www.tomislav.com.br/em-busca-da-verdade-historica/>>. Acesso em: 11 dez. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 103-104. *apud* FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?*. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional37.html>. Acesso em: 1º dez. 2016.

GALAIN PALERMO, Pablo. Uruguay. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

GÓMEZ CAMACHO, Juan José, *La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional*, *Revista Mexicana de Política Exterior*, n. 66, 2007.

GONZALEZ CUEVA, Eduardo. Até onde vão as comissões da verdade? In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N. 49. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GUERRA, Claudio. *Memórias de uma Guerra Suja*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2012.

HAFEN, Jonathan O. *International extradition: issues arising under the dual criminality requirement*. *Brigham Young University Law Review*, Provo, v. 18, n. 1, p. 191-230, 1992. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.byu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1739&context=lawreview>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

HEINTZE, Hans-Joachim. *Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos* In: *Manual prático de direitos humanos internacionais* / Coordenador: Sven Peterke; Colaboradores: André de Carvalho Ramos... [et al.] – Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2. ed. Santiago de Chile: ConoSur, 1992., p. 14 *apud* BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. *O rendimento da Teoria do*

Bem Jurídico no Direito Penal atual. In: *Revista Liberdades* – n. 1, maio-agosto de 2009. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. VI. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1980. p. 192.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. MIGUENS, Marcela Siqueira. *Justiça de Transição: Uma aplicação dos Princípios de Chicago à realidade brasileira*. In: SABADELL, Ana Lucia. SIMON, Jan-Michael. DIMOULIS, Dimitri. (Org.). *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JESCHECK, Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts*, 1977 p. 605 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte Geral*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Prescrição Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JIMÉNEZ ORNELAS, René A.; GONZÁLEZ MARISCAL, Olga Islas de. *El Secuestro. Problemas sociales y jurídicos*. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

KAUFMANN, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 277 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 308.

KRITZ, Neil. *Transitional Justice. How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 2004. apud ARTHUR, Paige. *Como as transições reconfiguraram os direitos humanos: Uma histórica conceitual da justiça de transição*. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia - Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Bem jurídico-penal e constituição. In: LIBERATI, Wilson Donizeti; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Orgs.). *Direito penal e constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. Colombia. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

MALARINO, Ezequiel. Argentina. In: KAI AMBOS. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

MANTOVANI, Ferrando. *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Mortati, IV*, 1977, Milano, 457. Apud PASCHOAL, Janaina. *Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Diritto Penale*: parte generale. 5. ed. Milani: cedam, 2007. p. 418 *apud* FAYET JÚNIOR, Ney. Do crime continuado. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p.175.

MARTINS, Antonio. Direito Penal como instrumento da política? Sobre os limites da argumentação a favor e contra a “superação do passado” por meio do Direito Penal In: PRITTWITZ, Cornelius et al. *Justiça de transição*: análises comparadas Brasil-Alemanha Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

_____. Sobre direito, punição e verdade: reflexões acerca dos limites da argumentação jurídica. In: DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio e JUNIOR, Lauro Joppert Swensson. *Justiça de Transição no Brasil*: Direito, responsabilidade e verdade. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARX, Ivan Claudio. *Justiça de Transição*: Necessidade e factibilidade da punição aos crimes da ditadura. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

MEINI, Iván. *Perú*. In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

MENDEZ, E. Juan. Responsabilização por abusos do passado. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição*: manual para a América Latina. Brasília: Comissão de Anistia - Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

MESEK, *Tatbestand*, p. 232 *apud* AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Grupo de trabalho justiça de transição*: atividades de persecução penal desenvolvidas pelo Ministério Público Federal: 2011-2013 Brasília: MPF/2a CCR, 2014. p.16. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/justica-transicao/relatorios-1/Relatorio%20Justica%20de%20Transicao%20-%20Novo.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. V. 2. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MODELL GONZÁLEZ, Juan Luis. La desaparición forzada de personas em el sistema interamericano de derechos humanos, In: AMBOS, Kai. *Desaparición Forzada de Personas Análisis comparado e internacional*. Primeira edición. Bogotá: Temis S. A., 2009.

MOLINA THEISSEN, Ana Lucrecia. *La desaparición forzada de personas en América Latina*. KO'AGA ROÑETA, série VII, 1998, p. 65 et seq. Disponível em <<http://www.derechos.org/koaga/vii/molina.html>>. Acesso em: 14 dez. 2016.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al. A Justiça de Transição no Brasil: um caminho ainda a percorrer. In: AMBOS, Kai et al. *Anistia, Justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. V.1. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009

NOWAK, Manfred. *Civil and Political Rights, Including Questions of: Disappearances and Summary Executions*. Commission on Human Rights. Fifty-eighth session Report submitted by Mr. Manfred Nowak, i. E/CN.4/2002/71. 8 January 2002. Disponível em <<http://www.refworld.org/docid/3b00f5540.html>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

OUTEIRO, Marina Pereira. *Divina entre as mulheres: Helena de Tróia e a mulher do bronze recente (1580-1100 a.C)* Revista Historiador, n. 04. Ano 04. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.historialivre.com/revistahistoriador>. Acesso em: 25 dez. 2016.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Anthony W. Ditadura e Repressão: *O Autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Tradução por Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREZ, Luís Carlos. *Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1991.

PERRUSO, Camila Akemi. *O desaparecimento forçado de pessoas no sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2010.

PERU. Código Penal. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf>. Acesso em: 24 dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 14. ed., rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. *Responsabilidade como conceito-chave das tentativas jurídico penais de superação do passado: responsabilidade individual vs. responsabilidade coletiva e responsabilidade pelo passado e pelo futuro* In: PRITTWITZ, Cornelius et al. *Justiça de transição: análises comparadas Brasil-Alemanha Brasília: Ministério da Justiça, 2015.*

ROMEIRO, J. M. M. *Dicionário de Direito Penal, 1905 apud HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, v. VI. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1980. p. 192.*

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal*. Organização Alaor Leite. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Sobre o recente debate entorno do bem jurídico. In: ROXIN, Claus. *Novos estudos de Direito Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. *Strafrecht*, Al, II, 2003, p.634 apud TAVARES, Juarez . Teoria dos crimes omissivos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. Anistias políticas: Considerações de história e política do direito. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 3. ed. Curitiba: Fórum, 2004.

SANTOS, Eric Assis dos. *A transição à democracia no Chile: rupturas e continuidades do projeto ditatorial 1980-1990*. 2014. Dissertação (Mestrado em História) Faculdade de História. Universidade Federal Fluminense, Niteói, 2014.

SCHWABE, J. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Bea- triz Henning et al. Leonardo Martins, Leonardo Martins; Mariana Bigelli de Carvalho; Tereza Maria de Castro; Vivianne Gerales Ferreira. Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 267. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 24 dez. 2016.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e Ditadura: uma leitura brasileira. In: *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SIMON, Jan-Michael. O esclarecimento da verdade sobre graves violações dos direitos humanos In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TANGERINO, Davi de Costa Paiva. Direito penal e justiça de transição. In: SABADELL, Ana Lucia et al. *Justiça de Transição: Das anistias às comissões de verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TEITEL, Ruti. *Genealogia da Justiça Transicional*. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 18ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIPPO, Maria Regina. *Imprescritibilidade Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

URUGUAI, Ley 18.026. Disponível em <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp3629093.htm>>. Acesso em: 24 dez. 2016.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 1970, p. 287 apud TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

WERLE, *Volkerstrafrecht*. p. 871 apud AMBOS, Kai, BÖHM, María Laura. O tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas: Análise comparativa-internacional e proposta legislativa In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Crime de desaparecimento forçado de pessoas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. v.1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZYL, Paul Van. *Promovendo a Justiça transicional em sociedades pós-conflito*. In: REÁTEGUI, Feliz (Org.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia – Ministério da Justiça; Brasília: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.